

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La preuve en matière civile - chronique de jurisprudence 2002-2010

Mougenot, Dominique

Published in:
Journal des Tribunaux

Publication date:
2011

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Mougenot, D 2011, 'La preuve en matière civile - chronique de jurisprudence 2002-2010', *Journal des Tribunaux*, Numéro 6447, p. 593-606.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

SOMMAIRE

- La preuve en matière civile -
Chronique de jurisprudence 2002-2010,
par D. Mougenot 593
- Contrat d'entreprise - Objet (articles 1108
et 1129, C. civ.) - Prix indéterminé -
Validité du contrat - Possibilité de fixer le
prix par décision unilatérale d'une des
parties (*partijbeslissing*).
(Gand, 9^e ch., 11 juin 2010,
observations de J.-F. Germain) 606
- Cours et tribunaux - Compétence -
Connexité (article 30, C. jud.) -
Jonction directe de causes connexes
par le demandeur - Absence de connexité
- Sanction - Irrecevabilité (non) - Nullité
(non) - Disjonction des demandes (oui).
(Comm. Mons, 1^{re} ch.,
10 mai 2011) 609
- Chronique judiciaire :
La vie du palais - Échos - Bibliographie -
Parallèlement - Coups de règle -
Dates retenues.



Questions spéciales en droit pénal

Sous la direction de Jean-François
GERMAIN, Christine GUILLAIN et Pierre
JADOUL.

Le présent ouvrage aborde quatre thématiques qui se situent au cœur de l'actualité judiciaire : la confiscation pénale, l'élément moral de l'infraction, le mandataire *ad hoc* dans la responsabilité pénale des personnes morales et le faux et l'usage de faux.

Édition 2011 50,00 €

COMMANDES : LARCIER, c/o De Boeck Services
Fond Jean-Pâques, 4 - 1348 Louvain-la-Neuve
Tél. (010) 48.25.00 - Fax (010) 48.25.19.
commande@deboeckservices.com - www.larcier.com

DOCTRINE

La preuve en matière civile - Chronique de jurisprudence 2002-2010

1

Introduction

1. Une période plutôt calme pour le droit de la preuve. — Le droit de la preuve a connu de grosses perturbations en 2000 et 2001, avec l'introduction dans notre droit de la signature électronique. Au-delà de l'adoption de nouveaux modes de preuve, cette réforme a fortement secoué la matière, en invitant la doctrine à repenser des concepts très classiques tels que l'écrit, la signature, l'original... Depuis lors, l'agitation est retombée. On observe d'ailleurs que la jurisprudence relative aux instruments de preuve électroniques reste très marginale en Belgique. On peut dire que le droit de la preuve a repris son cours normal. La jurisprudence revisite les concepts habituels tels que : la charge de la preuve, la prééminence de la preuve littérale, l'acte sous seing privé... Les décisions rendues sont, pour la plupart, dans la ligne de l'enseignement traditionnel. On peut cependant épingle, dans le lot des décisions rendues durant la période examinée, deux événements importants, de nature à influencer de manière marquante l'évolution future de la matière : il s'agit des revirements de jurisprudence de la Cour de cassation concernant l'utilisation des preuves acquises de manière illicite ou déloyale, d'une part (voy. *infra* nos 6 et s.) et le caractère intentionnel de l'aveu, d'autre part (voy. *infra* nos 37 et s.). Les changements induits par cette jurisprudence nouvelle sont à surveiller car ils pourraient bien, à l'avenir, nous réserver certaines surprises.

2

Généralités

A. Caractère d'ordre privé du droit de la preuve

2. Le droit de la preuve n'est ni impératif ni d'ordre public. — Le fait que les dispositions du

Code civil relatives à la preuve ne sont ni impératives ni d'ordre public est admis en Belgique depuis longtemps¹. La Cour de cassation l'a rappelé au cours de la période observée². Les conventions portant sur la charge de la preuve ou les modes de preuves utilisables entre parties sont donc parfaitement licites.

3. Droit de la consommation. — En revanche, il n'en va pas de même dans les relations entre entreprises et consommateurs. La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur considère comme abusives les clauses et conditions ou les combinaisons de clauses et conditions qui ont pour objet de limiter de manière non autorisée les moyens de preuve que le consommateur peut utiliser ou lui imposer une charge de la preuve qui incombe normalement à une autre partie au contrat (article 74, 21^o). Cette disposition reprend une disposition équivalente qui figurait auparavant dans la loi du 14 juillet 1991, en la complétant (l'article 32, 18^o, de la L.P.C.C. ne visait pas les clauses renversant la charge de la preuve).

(1) Cass., 30 janvier 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 29; Cass., 30 septembre 1948, *Pas.*, I, p. 520; Cass., 20 juin 1957, *Pas.*, 1957, I, p. 1256; D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2002, p. 68, n° 10; DE PAGE, t. III, 3^e éd., nos 735 et s.; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, n° 49; M. FONTAINE, « La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles », in *La preuve*, colloque U.C.L., 1987, p. 35; X. MALENGREAU, « Le droit de la preuve et la modernisation des techniques de rédaction, de reproduction et de conservation des documents », *Ann. dr. Louvain*, 1981, p. 117 et note 25; M. FLAMÉE et M. TANGHE, « Bewijsrecht : beknopte status quaestionis », in *Le droit des affaires en évolution*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 203, n° 7; O. CAPRASSE et A. BENOIT-MOURY, « Validité et force obligatoire des clauses contractuelles relatives à la preuve », in *Droit de la preuve*, formation permanente C.U.P., vol. XIX, octobre 1997, p. 115, n° 2; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, vol. III, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 2224, n° 1628; A. VAN OEVELEN, « Bewijsclausules », in *Nuttige tips voor goede contracten*, Malines, Kluwer, 2004, p. 119, n° 3. En France, voy. J.-L. MOURALIS, *Rép. dr. civ. Dalloz*, v° « Preuve », 2^e éd., 2002, nos 947 et s.

(2) Cass., 11 mars 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 697, *R.W.*, 2002-2003, p. 1219; Cass., 12 octobre 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 1785, *Ann. prat. comm.*, 2007, p. 266, *NjW*, 2008, p. 120, note JOCQUE, *R.C.J.B.*, 2008, p. 527, note KIRKPATRICK, *R.D.C.*, 2008, p. 767, *C.R.A.*, 2008, p. 93; Cass., 22 février 2010, *R.G.* n° S.08.0153.F.

Entre commerçants et particuliers, les règles de la preuve mixte autorisent le particulier à prouver contre le commerçant par toute voie de droit (voy. *infra*, n° 21). Le fait d'obliger le consommateur à utiliser certains modes de preuve spécifiques, l'écrit par exemple, constitue donc une limitation des droits du consommateur³.

Cette disposition n'interdit pas toute modalisation conventionnelle des règles de la preuve. Ainsi, des clauses qui donnent une force probante particulière à certains modes de preuve sont parfaitement licites, parce qu'elles ne limitent pas les droits du consommateur⁴.

Une disposition similaire figure dans la loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales (voy. l'annexe à la loi, article 1^{er}, q).

B. Interdiction pour le juge de faire usage de ses connaissances personnelles

4. Principe - Exemples. — Le principe est également admis depuis longue date⁵. Le juge doit s'appuyer sur les éléments du dossier et ne peut se fonder sur ses connaissances personnelles pour trancher. Tout au plus peut-il faire référence à des faits généraux notoires ou des données d'expérience commune⁶. La vérification du caractère notoire des faits invoqués par le juge a donné lieu à une jurisprudence très casuistique et parfois assez surprenante.

Durant la période examinée, n'ont pas été considérés comme des faits généraux notoires ou des données d'expérience commune : des fiches toxicologiques disponibles sur internet, surtout si elles n'ont pas été soumises à la contradiction⁷, l'estimation des revenus nets produits par un portefeuille d'actions⁸, l'existence et la durée de travaux à un endroit déterminé, lorsque ces éléments ne ressortent pas du dossier⁹, le fait qu'un compte en gestion libre à l'étranger exige un dépôt relativement important¹⁰, les tables de mortalité et de capitalisation¹¹, la valeur d'un véhicule fixée sur la base d'une revue publiée pendant le

délibéré¹², le fait que l'exploitation d'un débit de boisson engendre habituellement d'importants revenus¹³.

En revanche, sont des faits notoires ou des données d'expérience commune : le fait que la texture des parois latérales d'un pneu est plus tendre que celle de la bande de roulement¹⁴, le fait qu'aucune institution de crédit ne renonce « gratuitement » à une sûreté, sans qu'il soit constitué simultanément une nouvelle et meilleure sûreté, ou que la dette soit simultanément totalement amortie¹⁵, le fait que la mérule peut affecter la stabilité d'un immeuble et requiert des mesures curatives immédiates¹⁶.

Par ailleurs, lorsque des arbitres ont été choisis précisément pour leurs compétences techniques, il ne leur est pas interdit d'y faire référence dans leur sentence¹⁷. Le problème se pose en termes différents à l'égard des juges consulaires, qui n'ont pas été choisis par les parties, même s'ils disposent parfois de compétences utiles pour la solution du litige.

Le développement de l'internet pose évidemment question à ce sujet, étant donné le nombre quasi illimité d'informations que l'on peut y trouver. La prudence s'impose toutefois sur ce point. Je pense qu'un parallèle peut être fait avec les bibliothèques traditionnelles. De même que l'on n'admettrait pas qu'un juge se fonde sur des informations glanées dans n'importe quel ouvrage disponible dans une bibliothèque publique, il ne pourra également utiliser les données de fait fournies par n'importe quel site web. Seuls des sites équivalents à des ouvrages de consultation commune (dictionnaire...) pourraient être utilisés. Par ailleurs, la consultation de sources législatives ou jurisprudentielles sur internet ne pose, quant à elle, pas de difficulté.

5. Fondement de la règle – Remèdes à l'interdiction. — Le fondement de cette règle est discuté¹⁸. La Cour de cassation appuie l'interdiction de faire référence à des faits occultes sur le respect du caractère contradictoire des débats¹⁹. Si tel est le cas, on peut se demander si le juge ne pourrait utiliser des données puisées hors du dossier en ordonnant la réouverture des débats pour permettre aux parties de s'expliquer à leur sujet. La réponse est controversée²⁰. L'arrêt du 23 février 2005 cité ci-dessus, en ce qu'il reproche essentiellement au juge de n'avoir pas soumis à la contradiction les données tirées d'une revue, donne à penser que cette solution est envisageable. Mais cette jurisprudence mériterait d'être affinée, avant que l'on puisse en déduire un enseignement certain.

C. La loyauté et licéité de la preuve

6. La jurisprudence *Antigoon*. — Il était traditionnellement admis que les preuves recueillies en violation de la loi ou de manière déloyale, par surprise ou par ruse, devaient être écartées²¹. La jurisprudence récente a remis cette règle en question.

En matière pénale, la Cour de cassation a décidé, de manière constante depuis plusieurs années, que les preuves recueillies de manière irrégulière ne pouvaient être écartées que si elles violaient une règle prescrite à peine de nullité ou si l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve ou encore lorsque l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable²². En dehors de ces trois cas, les preuves illégales doivent être reçues. Ce courant jurisprudentiel est fréquemment désigné sous le nom de jurisprudence *Antigoon*, du nom de l'affaire dans laquelle le premier arrêt a été rendu. Cette jurisprudence n'a pas été considérée comme contraire au droit au procès équitable par la Cour constitutionnelle²³.

Dans un premier temps, cette jurisprudence n'a pas été suivie par les juridictions de fond en matière civile et commerciale²⁴. Celles-ci ont persisté à écarter les preuves recueillies de manière illégale ou déloyale. Certaines juridic-

(21) B. ALLEMEERSCH et P. SCHOLLEN, « Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken – Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht », *R.W.*, 2002-2003, pp. 41 et s.; D. et R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 18; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, n° 56.

(22) Cass., 14 octobre 2003, *NjW*, 2003, p. 1367, *Pas.*, 2003, I, p. 1607, concl. De Swaef, *R.A.B.G.*, 2004, p. 333, note SCHUERMANS, *R.C.J.B.*, 2004, p. 405, note KUTY, *Rev. dr. pén.*, 2004, p. 617, concl. De Swaef, *R.W.*, 2003-2004, p. 814, concl. De Swaef, *T. Strafr.*, 2004, p. 129, note TRAEST; Cass., 16 novembre 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 1795, concl. min. publ., *R.A.B.G.*, 2005, p. 504, avis Duinslaeger, *R.C.J.B.*, 2007, p. 36, note VAN MEERBEECK et MAHIEU, *R.W.*, 2005-06, p. 387, note POPELIER, *T. Strafr.*, 2005, p. 285, note VERSTRAETEN et DE DECKER; Cass., 16 novembre 2004, *NjW*, 2005, p. 587, *Pas.*, 2004, I, p. 1802, concl. min. publ., *R.A.B.G.*, 2005, p. 511, avis Duinslaeger, note SCHUERMANS, *R.C.J.B.*, 2007, pp. 36 et 40, note VAN MEERBEECK et MAHIEU, *Rev. dr. pén.*, 2005 (sommaire), p. 665, note DE VALKENEEER; Cass., 23 mars 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 500, *R.A.B.G.*, 2004, p. 1061, note SCHUERMANS, *Rev. dr. pén.*, 2005 (sommaire), p. 661, note DE VALKENEEER; Cass., 2 mars 2005, *J.T.*, 2005, p. 211, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1086, note BEERNAERT, *Journ. proc.*, 2005, p. 23, concl. Vandermeersch, note TOUSSAINT, *Pas.*, 2005, I, p. 505, concl. Vandermeersch, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1161, concl. min. publ., note BERNEMAN, *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 668, concl. Vandermeersch, note DE VALKENEEER, *Chr. D.S.*, 2006, p. 10, note; Cass., 12 octobre 2005, *J.T.*, 2006, p. 109, *J.L.M.B.*, 2006, p. 585, note, *Pas.*, 2005, I, p. 1904, *Rev. dr. pén.*, 2006, p. 211, *T. Strafr.*, 2006, p. 25, note VERBRUGGEN; Cass., 21 novembre 2006, *Pas.*, 2006, I, p. 2437, *Chr. D.S.*, 2008 (sommaire), p. 379, note; Cass., 4 décembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2226, *R.W.*, 2008-2009, p. 110 note DE SMET, *T. Strafr.*, 2008, p. 274; Cass., 23 mars 2010, *R.G.*, n° P.10.0474.N.

(23) Cour const., 22 décembre 2010, arrêt n° 158/2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 298, *R.W.*, 2010-2011, p. 895.

(24) C.T. Bruxelles, 10 février 2004, *Chr. D.S.*, 2006, p. 141; C.T. Bruxelles, 14 décembre 2004, *Chr. D.S.*, 2006, p. 143; Anvers, 27 juin 2005, *R.W.*, 2006, p. 1507; Pol. Bruges, 15 septembre 2005, *T.G.R.*, 2005, p. 334; Gand, 12 janvier 2006, *T.G.R.*, 2006, p. 117; Gand, 11 février 2006, *T.G.R.*, 2006, p. 117; Gand, 6 septembre 2006, *D.A. O.R.*, 2007, p. 326; C.T. Liège, sect. Namur, 11 janvier 2007, *R.G.*, n° 8038/06, *www.juridat.be*; C.T. Mons, 22 mai 2007, *JTT*, 2008, p. 177, *R.D.T.I.*, 2008, p. 229, note GILSON et ROSIER; C.T. Mons, 18 février 2008, *R.D.T.I.*, 2008, p. 229, note GILSON et ROSIER, *R.G.C.F.*, 2008, p. 463. Voy. aussi, en matière disciplinaire : Cons. app. Ordre des médecins, 22 décembre 2003, *NjW*, 2004, p. 493, note BREWAEYS.

(3) O. CAPRASSE et A. BENOÎT-MOURY, *op. cit.*, p. 125; J. LAFFINEUR et G. GATHEM, « Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs », in *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., Waterloo, Kluwer, 2006, titre XI, livre 109.2, n° 1340.

(4) A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, p. 122, n° 8.

(5) Cass., 9 janvier 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 594; Cass., 6 janvier 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 566; Cass., 17 avril 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 1006; Cass., 15 octobre 1992, *J.T.*, 1993, p. 226.

(6) D. et R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 14; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Anvers, Intersentia, 2007, p. 333; B. ALLEMEERSCH, *De naakte grijsaard - Over de rechter en zijn persoonlijke kennis (sen)*, Anvers, Intersentia, 2009; L. SIMONT, « La charge de la preuve », in *Actualités du droit des obligations*, formation permanente UB³, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 25, n° 5; P. VAN OMMESELAGHE, *op. cit.*, p. 2254, n° 1646.

(7) Cass., 26 juin 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 1434, concl. Loop, *Rev. dr. pén.*, 2002, p. 1080, concl. min. publ., *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.617.

(8) Cass., 19 juin 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 1220.

(9) Cass., 17 octobre 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 1633.

(10) Cass., 23 janvier 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 137.

(11) Cass., 13 février 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 270, *R.G.A.R.*, 2005, 14057, *Bull. ass.*, 2005, p. 531, *err. Bull. ass.*, 2006, p. 106.

(12) Cass., 23 février 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 440, concl. Cornelis, *R.D.J.P.*, 2006, p. 54.

(13) Cass., 9 novembre 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 1981, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 223, *R.W.*, 2009-2010 (sommaire), p. 928.

(14) Cass., 14 novembre 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 2175.

(15) Cass., 7 février 2006, *Pas.*, 2006, I, p. 321.

(16) Cass., 20 juin 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1310, *Pas.*, 2008, I, p. 1576.

(17) Bruxelles, 22 février 2001, *J.T.*, 2002, p. 196.

(18) B. ALLEMEERSCH, *De naakte grijsaard*, *op. cit.*, p. 6, n° 12 et s.

(19) Cass., 13 février 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 314, *T. Strafr.*, 2007, p. 315, note.

(20) B. ALLEMEERSCH, *De naakte grijsaard*, *op. cit.*, p. 27, n° 45.

tions ont pris la peine d'indiquer que cette jurisprudence nouvelle n'était pas transposable et ne concernait que la matière pénale²⁵.

Toutefois, un arrêt de cassation du 10 mars 2008²⁶, rendu en matière de chômage, est venu modifier la donne. Dans cet arrêt, la Cour a repris, au mot près, l'enseignement des arrêts pénaux. La plupart des commentateurs estiment toutefois que l'enseignement de la Cour dans cette décision est général et qu'il vaut comme décision de principe pour toute la matière civile²⁷. Cependant, dans un arrêt du 10 novembre 2008, la Cour a confirmé une décision qui appliquait la règle classique, selon laquelle une preuve irrégulière (en l'occurrence une correspondance arrivée irrégulièrement en possession de son utilisateur) devait être écartée²⁸. La majorité des auteurs estime qu'il ne faut pas y voir un retour en arrière de la Cour. L'absence de cohérence entre ces deux décisions interpelle toutefois²⁹.

Les atermoiements de la Cour de cassation sur ce point n'ont pas empêché les juges du fond, en matière civile, d'appliquer l'arrêt du 10 mars 2008 et d'utiliser ce que l'on a maintenant coutume d'appeler le « test Antigoon », pour vérifier si les preuves illégales ou déloyales doivent être écartées³⁰.

7. Le « test Antigoon ». — Si on applique les critères généraux mentionnés dans l'arrêt du 10 mars 2008³¹, les juges devront vérifier si les preuves litigieuses :

(25) C.T. Bruxelles, 15 juin 2006, *J.T.*, 2006, p. 392; T.T. Liège, 6 mars 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 389.

(26) Cass., 10 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 580, note R. DE BAERDEMAEKER, *NjW*, 2010, p. 195, note K. VAN KILDONCK, *Or.*, 2008 (résumé I. PLETS), p. 27, *Pas.*, 2008, I, p. 652; R.C.J.B., 2009, p. 325, note F. KEFER.

(27) F. KEFER, « *Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité des preuves* », *R.C.J.B.*, 2009, pp. 333 et s., n° 9; F. KEFER, « La légalité de la preuve confrontée au droit à la vie privée du salarié », in *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, formation permanente C.U.P., vol. 126, 2011, pp. 191 et s., n° 24; R. DE BAERDEMAEKER, « Admissibilité d'une preuve illicitement recueillie : quand la fin justifie les moyens... », *J.L.M.B.*, 2009, p. 585; O. MORENO et S. VAN KOEKENBEEK, « Les enjeux de la vie privée au travail et sa dynamique de l'entreprise », in *Actualités du droit de la vie privée*, formation permanente UB³, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 39 et s., n° 32; I. VERHELST et N. THOLEN, « Over privacy, controle en (on)rechtmatig verkregen bewijs », *Or.*, 2008, pp. 197 et s., spécialement p. 205; J. VAN COMPERNOLLE, « L'incidence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'administration de la preuve dans le procès civil », in *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, formation permanente C.U.P., vol. 126, 2011, pp. 7 et s., n° 10.

(28) Cass., 10 novembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 347, *J.T.*, 2009, p. 18.

(29) F. KEFER, *op. cit.* (« *Antigone et Manon...* »), n° 10; B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte », *Gerechtigd recht*, formation permanente Themis, n° 59, Bruges, la Charte, 2010, pp. 35 et s., n° 36; K. VAN KILDONCK, « Privacy werknemers », *NjW*, 2010 pp. 180 et s., n° 10; D. MOUGENOT, « *Antigone face aux juges civils - L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles* », *D.A. O.R.*, 2011, p. 246, n° 12; J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, n° 10, note 36 (où figure une coquille : il faut lire 10 novembre 2008 au lieu de 10 mars 2008).

(30) N'ont toutefois pas fait usage du « test Antigoon » : C.T. Liège, 15 décembre 2008, *R.R.D.*, 2008, 236, note MOUGENOT; T.T. Liège, 9 septembre 2008, R.G. n° 371.015, *www.juridat.be*; C.T. Bruxelles, 5 novembre 2009, R.G. n° 2009/AB/52381, *www.juridat.be*, cette dernière décision considérant, à tort, que l'arrêt de cassation du 10 mars 2008 a été prononcé en matière pénale.

(31) Cet arrêt énonce en outre d'autres critères d'appréciation non limitatifs, qui viennent expliciter et complé-

a) ne violent pas une forme prescrite à peine de nullité; les cas de nullité sanctionnant des irrégularités relatives à la réception de preuves en matière civile étant extrêmement rares, l'écartement de preuves pour ce motif sera peu fréquent³²,

b) ne voient pas leur fiabilité affectée par l'irrégularité; les commentateurs font toutefois observer que les preuves non fiables ne peuvent en tout état de cause pas être retenues par le juge, qu'elles soient recueillies de manière légale ou non³³,

c) ne portent pas atteinte au droit au procès équitable; sur ce point, la Cour européenne des droits de l'homme estime que le fait d'utiliser des preuves portant atteinte à un autre droit fondamental protégé par la Convention, tel que le droit à la vie privée, n'a pas automatiquement pour conséquence que le procès n'a pas été équitable³⁴; la question de savoir si des preuves recueillies de manière déloyale portent atteinte au principe du procès équitable est controversée; certains auteurs considèrent que le manque de loyauté peut donner lieu à une atteinte au procès équitable³⁵ alors que d'autres s'y opposent, considérant que la loyauté procédurale et le procès équitable constituent des principes distincts³⁶.

Dans la plupart des cas, les preuves irrégulières ont passé victorieusement le test et ont été retenues par les cours et tribunaux³⁷. Toutefois, ont été écartées, malgré l'application du test *Antigoon*, des preuves recueillies lors d'un vol³⁸ ou d'investigations d'un détective privé se faisant passer pour un client³⁹.

ter les critères généraux : le caractère purement formel de l'irrégularité, sa conséquence sur le droit ou la liberté protégés par la règle violée, la circonstance que l'autorité compétente pour la recherche, l'instruction et la poursuite des infractions a commis ou n'a pas commis l'irrégularité intentionnellement, la circonstance que la gravité de l'infraction excède manifestement celle de l'irrégularité, le fait que la preuve illicitement recueillie porte uniquement sur un élément matériel de l'infraction, le fait que l'irrégularité qui a précédé ou contribué à établir l'infraction est hors de proportion avec la gravité de l'infraction.

(32) D. MOUGENOT, « *Antigone face aux juges civils* », *op. cit.*, n° 16.

(33) B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken... », *op. cit.*, n° 18; M.-A. BEERNAERT, « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », *J.L.M.B.*, 2005, p. 1103; F. KEFER, *op. cit.* (« *Antigone et Manon...* »), n° 14; F. KUTY, « La sanction de l'illegalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve, questions spéciales*, formation permanente C.U.P., vol. 99, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 7 et s., n° 36; Ph. TRAEST, « Onrechtmatig verkregen doch bruikbaar bewijs : het Hof van Cassatie zet de bakens uit », *T. Strafr.*, 2004, p. 137.

(34) C.E.D.H., 12 mai 2000, *Khan c. Royaume-Uni*, §§ 34-35; C.E.D.H., 25 septembre 2001, *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, §§ 76-77; C.E.D.H., 5 novembre 2002, *Allan c. Royaume-Uni*, §§ 42-43; C.E.D.H., 1^{er} mars 2007, *Heglas c. République tchèque*, §§ 85-86; C.E.D.H., gde ch., 10 mars 2009, *Bykov c. Russie*, §§ 89-90; C.E.D.H., 28 juillet 2009, *Lee Davies c. Belgique*, §§ 41-42, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1928, *R.A.B.G.*, 2010, p. 5, note SCHUERMANS, *Rev. dr. pén.*, 2010, p. 312, note COLLETTE-BASECQZ, *T. Strafr.*, 2009, p. 289.

(35) F. KEFER, *op. cit.* (« *Antigone et Manon...* »), n° 16; D. MOUGENOT, « *Antigone face aux juges civils* », *op. cit.*, n° 19.

(36) B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken... », *op. cit.*, n° 21.

(37) T.T. Gand, 1^{er} septembre 2008, R.G. n° 175054/06, *www.juridat.be*; C.T. Anvers, 2 septembre 2008, inédit, cité par K. VAN KILDONCK, *op. cit.*, n° 18 et 19; C.T. Mons, 14 septembre 2009, *R.R.D.*, 2008, p. 535; C.T. Liège, 20 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1899.

(38) C.T. Liège, 14 décembre 2010, R.G. n° 2009/AN/8833, *www.juridat.be*.

Désormais, sous réserve d'une confirmation de la jurisprudence de la Cour de cassation, le juge sera donc invité à procéder à une balance entre les droits des parties : le droit à la preuve de celui qui veut établir son droit, quitte à se fonder sur des moyens de preuve illicites, et le droit à la vie privée ou tout autre droit fondamental invoqué par la partie contre qui on veut prouver. Le juge devra aussi apprécier la gravité des manquements commis par les deux parties. Qu'est-ce qui est le plus grave? Une atteinte à la vie privée commise dans l'administration de la preuve ou une violation de la loi ou une faute contractuelle ou extracontractuelle que l'on veut établir par des moyens de preuve discutables?

D. Objet de la preuve

8. Faits à prouver. — Traditionnellement, il est enseigné que seuls les faits doivent être prouvés. Il appartient au juge de rechercher lui-même la règle de droit applicable. Ce principe a été réaffirmé de manière particulièrement éclatante dans un arrêt de la Cour de cassation du 14 avril 2005⁴⁰, qui enjoint au juge de rechercher la règle de droit applicable aux faits spécialement invoqués par les parties. Cette jurisprudence s'est confirmée depuis lors⁴¹. Je renvoie aux développements consacrés par la doctrine à cette question, qui relève davantage du droit judiciaire⁴².

Par ailleurs, seuls les faits contestés doivent être prouvés⁴³.

E. Collaboration des parties à l'administration de la preuve

9. Principe de la collaboration des parties à l'administration de la preuve. — Si l'article 870 du Code judiciaire impose à toute partie qui avance un fait d'en rapporter la preuve, l'article 871 énonce un autre principe : celui de la collaboration des parties à l'administration de la preuve. Aucune des parties ne peut se retrancher derrière le fait qu'elle ne supporte pas la charge de la preuve pour refuser de produire les éléments de preuve dont elle dispose et qui sont utiles pour la solution du litige. Ce devoir de collaboration est d'autant plus inten-

(39) Mons, 2 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 296, note MOUGENOT.

(40) Cass., 14 avril 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 856, note G. DE LEVAL, *J.T.*, 2005, p. 659, note J. VAN COMPERNOLLE, *R.D.J.P.*, 2005, p. 300, concl. min. publ., note, *R.A.B.G.*, 2005, p. 1663, note A. VERBEKE, rapport Cass., 2005, p. 85, A.

(41) Cass., 6 décembre 2007, R.G. n° C.06.0092.N; Cass., 14 janvier 2008, R.G. n° S.07.0030.N; Cass., 15 février 2008, R.G. n° C.06.0184.F; Cass., 25 mai 2009, *J.T.*, 2010, p. 28; Cass., 2 avril 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1235, note VAN DROOGHENBROECK; *R.D.J.P.*, 2010, p. 216.

(42) B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Anvers, Intersentia, 2007, pp. 197 et s.; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction - lura dicit Curia*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2004; « Le juge, les parties, le fait et le droit », in *Actualités en droit judiciaire*, formation permanente C.U.P., vol. 83, Bruxelles, Larcier, pp. 141 et s. et « Le nouveau droit judiciaire, en principes », in *Le droit judiciaire en effervescence*, Bruxelles, éd. Jeune barreau, 2007, pp. 367 et s., également publié dans *Le droit judiciaire en mutation - En hommage à Alphonse Kohl*, formation permanente C.U.P., vol. 95, Liège, Anthemis, 2007, pp. 213 et s.

(43) Cass., 18 avril 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 936.

se que la partie concernée détient la majorité voire la totalité des éléments de preuve pertinents. Dans ce cas, l'autre partie est dans l'impossibilité de prouver les faits qu'elle invoque puisque les preuves utiles sont dans les mains de son adversaire. Elle se trouve dans une situation que la doctrine appelle le « besoin de preuve » (*bewijsnood*)⁴⁴. La collaboration des parties à l'administration de la preuve est alors le moyen de rétablir l'équilibre entre elles sur le plan probatoire. Les articles 877 et suivants, qui mettent en place la procédure de production de documents, sont une illustration particulière de ce principe général. L'idée qu'il existe un devoir de collaboration à l'administration de la preuve est admise par la majorité de la doctrine⁴⁵.

Une minorité d'auteurs critique cette affirmation. Ils relèvent qu'il n'existe, dans la loi, aucun devoir explicite pour les parties de collaborer entre elles à l'administration de la preuve. Tout au plus, doivent-elles collaborer avec le juge à l'exécution des mesures d'instruction ordonnées par celui-ci. Mais il n'y a, selon ces auteurs, aucune obligation pour les parties de fournir les éléments de preuve qu'elles détiennent, si elles ne supportent pas la charge de la preuve et si le juge n'a pris aucune initiative particulière⁴⁶.

10. Application par la Cour de cassation. — La Cour de cassation a affirmé l'existence d'un de-

voir de collaboration entre parties dans plusieurs arrêts. Dans un arrêt du 10 décembre 2004⁴⁷, elle a indiqué que la partie qui ne supporte pas la charge de la preuve peut néanmoins être tenue de contribuer à la preuve dans les limites légalement déterminées. La Cour n'est pas plus précise quant aux limites de ce devoir de contribution à la preuve. Dans un arrêt du 18 janvier 2007⁴⁸, elle rejette le pourvoi contre une décision qui condamnait le défendeur pour n'avoir pas rapporté la preuve de ce qu'il avait rempli son obligation de sécurisation d'un chantier fluvial. Au moyen qui soulève un renversement indu de la charge de la preuve par le juge, la Cour répond que l'arrêt attaqué ne dispense pas le demandeur de démontrer que le défendeur a contrevenu à ses obligations et n'impose pas davantage au défendeur de prouver qu'il a rempli ses obligations. Il détermine seulement la mesure dans laquelle cette partie, tenue à un devoir de collaboration à l'administration de la preuve, devait s'expliquer sur ce qu'elle avait fait pour prévenir la survenance du dommage. La Cour opère une distinction nette entre charge de la preuve et administration de la preuve : elle indique que le défaut de collaboration à l'administration de la preuve n'a pas d'incidence sur la charge de la preuve. Dans ces différents cas d'espèce, le juge n'avait pas ordonné de mesures d'instruction. On peut donc en déduire que le devoir de collaboration à la preuve ou à l'administration de la preuve, dont parle la Cour de cassation, existe à l'égard des autres parties et pas uniquement à l'égard du juge.

F. La charge de la preuve

11. Définition de la charge de la preuve. — La charge de la preuve est un vaste sujet, qui mériterait une étude à lui seul. Derrière l'apparente simplicité des règles figurant aux articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire se cache une jurisprudence complexe et nuancée, qui défie tout effort de classification et de rationalisation. Je me limiterai donc à quelques traits saillants de la matière, qui ressortent de la jurisprudence de la Cour de cassation.

Il convient tout d'abord de définir ce qu'on entend par charge de la preuve. Dans la doctrine récente, la question de la charge de la preuve se confond généralement avec celle du risque de la preuve⁴⁹. C'est la détermination de la partie qui supportera les conséquences négatives des incertitudes subsistant au terme de la procédure d'administration de la preuve. Celui qui devait prouver et qui a échoué perd son procès. C'est ce qu'un auteur appelle la charge de la preuve

objective⁵⁰. La question du risque de la preuve ne se pose donc que si les éléments du dossier ne permettent pas au juge de trancher avec une certitude suffisante. C'est, en quelque sorte, la contrepartie de l'interdiction du déni de justice, qui oblige le juge à décider même lorsque les éléments de preuve du dossier sont insuffisants pour se forger une conviction. Il convient alors de mettre en place des mécanismes qui guideront le juge dans sa décision. Cette conception de la charge de la preuve a été adoptée par la Cour de cassation dans un arrêt du 17 septembre 1999⁵¹, qui énonce que : « en vertu de l'article 1315 du Code civil, celui qui réclame la réparation d'un dommage doit apporter la preuve de ce dommage; que l'incertitude ou le doute subsistant à la suite de la production d'une preuve doivent être retenus au détriment de celui qui a la charge de cette preuve ». Dans un arrêt du 20 mars 2006⁵², elle répète que : « l'incertitude ou le doute qui subsistent une fois la preuve administrée ne peuvent bénéficier à la partie qui a la charge de la preuve ».

12. Cours naturel des choses. — Selon la doctrine classique, l'article 1315 est conforme au « cours naturel des choses ». Dans l'ordre normal, les individus sont libres d'obligations les uns à l'égard des autres. Celui qui va à l'encontre de cette apparence en invoquant l'existence d'un lien de droit entre deux individus devrait alors en supporter la preuve. Une fois cette preuve établie, la situation juridique nouvelle ne pourrait être combattue qu'en démontrant que ce lien de droit s'est altéré ou a disparu. Celui qui voudrait détruire cette situation acquise devrait alors supporter la charge de la preuve. Il y aurait ainsi une sorte d'inertie des situations juridiques, qui permettrait d'imposer le fardeau de la preuve à celui qui veut en démontrer la modification⁵³. Ceci dit, on ne trouvait pas, dans la jurisprudence, de reconnaissance explicite de ce principe. Dans un arrêt récent⁵⁴, la Cour de cassation relève que le juge peut se fonder sur la présomption de l'homme portant sur la conformité avec la pratique courante, étant entendu que toute personne qui se prévaut d'une dérogation à la pratique courante, est tenue d'apporter la preuve de la dérogation. C'est la reconnaissance de ce que la pratique habituelle peut fonder, à tout le moins, une présomption du juge. Celui-ci devra toutefois être attentif à la preuve du caractère courant de la pratique, s'il ne s'agit pas d'un fait notoire.

(50) B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling*, op. cit., n° 40, p. 353; B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken... », op. cit., p. 35, n° 3. D'autres auteurs définissent différemment la charge de la preuve objective. Il s'agit, selon eux, de la détermination des choses à prouver, par opposition à la charge de la preuve subjective, qui détermine les personnes qui doivent rapporter la preuve. Voy. J. LAENENS, op. cit., p. 45, n° 21.

(51) Cass., 17 septembre 1999, *Arr. Cass.*, 1999, p. 1119, *Dr. circ.*, 2000, p. 14.

(52) Cass., 20 mars 2006, *Pas.*, 2006, I, p. 629, *Chr. D.S.*, 2007, p. 332.

(53) R. BEINEIX, « La charge de la preuve de l'exécution en matière de responsabilité contractuelle », *Rev. crit. législ. et jurispr.*, 1938, p. 665; DE PAGE, t. III, n° 726; J. GHESTIN et G. GOUBEUX, *Traité de droit civil - Introduction générale*, Paris, L.G.D.J., 4^e éd., 1994, n° 647; F. GLASSON et A. TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Paris, Sirey, t. II, 3^e éd., 1926, p. 662; H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil - Introduction à l'étude du droit*, Paris, Montchrestien, 1996, n° 376; D. et R. MOUGENOT, op. cit., n° 26; N. VERHEYDEN-JEANMART, op. cit., n° 65.

(54) Cass., 3 mai 2010, *JTT*, 2010, p. 357.

(44) M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gand, Story - Scientia, 1962, p. 196, n° 105; J. LAENENS, « Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen », in *L'expertise judiciaire - Le rôle de l'expert-comptable et du conseil fiscal*, Bruges, la Charte, 2003, p. 49, n° 33; B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken... », op. cit., p. 39, n° 7.

(45) B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, op. cit., p. 348; B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken... », op. cit., p. 39, n° 7; A. DE BOECK et H. GEENS, « De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van e-commerce anno 2008 : geruisloze overgang van oud naar nieuw ? », in *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Bruges, la Charte, 2008, p. 85; R. DEKKERS, « De la collaboration des plaideurs dans l'administration de la preuve », *R.C.J.B.*, 1959, pp. 148 et s.; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, 2^e éd., p. 187; G. DE LEVAL, « L'instruction sans obstructions », in *La preuve*, actes du colloque de l'U.C.L. des 12-13 mars 1987, p. 21; G. DOMEZ, « La participation des parties dans l'administration de la preuve », *R.C.J.B.*, 1976, p. 158; A. FETTWIS, *Manuel de procédure civile*, Liège, Faculté de droit de Liège, 1987, pp. 353-354; H. GEENS, « De verdeling van de bewijslast over de partijen in het verzekeringsrecht en het gemeen verbintenissenrecht », in *Bewijsrecht*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 169, n° 13; A. KOHL, « L'obligation de bonne foi en matière d'allégation et de réception des preuves dans le procès civil », in *La bonne foi*, Liège, éd. Jeune barreau, 1990, p. 422; J. LAENENS, op. cit., p. 49, n° 33; J. LAENENS, G. BROECKX, D. SCHEERS et P. THIRIAR, *Handboek gerechtelijk recht*, Anvers, Intersentia, 2008, p. 535; D. MOUGENOT, « La preuve : évolution et révolution », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruges, la Charte, 2004, pp. 131-132; D. et R. MOUGENOT, op. cit., p. 93, n° 27; S. RUTTEN, « Beginselen van behoorlijke bewijsvoering in het burgerlijk proces : enkele aandachtspunten », in *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Bruges, la Charte, 2008, p. 30; S. STIJNS, « Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding - Spanningsverhoudingen met de bewijsvoering », *R.W.*, 1989-1990, p. 1016; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, 2, Bruges, la Charte, 2009, n° 208, p. 156; P. VAN OMME-SLAGHE, op. cit., pp. 2262-2263; N. VERHEYDEN-JEANMART, op. cit., p. 46; K. WAGNER, « Actualia burgerlijk bewijsrecht », *R.D.J.P.*, 2009, pp. 161-163, n° 29 et s.

(46) L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Anvers, Intersentia rechtswetenschappen, 2000, p. 214, n° 177; B. SAMYN, « De bewijslast - Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak », *R.D.J.P.*, 2010, pp. 55 et s.

(47) Cass., 10 décembre 2004, *Annuaire juridique du crédit*, 2005, p. 19, note DE PATOUL, *NjW*, 2005, p. 951, *Pas.*, 2004, p. 1962, *R.C.J.B.*, 2005, p. 680, note BUYLE, *J.J.P.*, 2007, p. 392, note STEENNOT.

(48) Cass., 18 janvier 2007, *Res. jur. imm.*, 2007, p. 27.

(49) A. DE BOECK et H. GEENS, op. cit., p. 88; H. GEENS, op. cit., p. 173, n° 20; O. MICHELIS, « L'article 1315 du Code Civil : contours et alentours », *Act. dr.*, 1998, p. 371; H. MINJAUW et J. VANDENDRIESSCHE, « Bewijslast en bewijsrisico », in *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Malines, Kluwer, 2002, feuil. mob., n° 5104, p. VI.2-3; D. MOUGENOT, « La preuve : évolution et révolution », op. cit., pp. 131-132; D. et R. MOUGENOT, op. cit., p. 93, n° 27; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, op. cit., n° 216, p. 162; P. VAN OMME-SLAGHE, op. cit., pp. 2265-2266, n° 1652; N. VERHEYDEN-JEANMART, op. cit., p. 43.

13. Preuve certaine. — De manière classique, la Cour de cassation requiert une preuve certaine⁵⁵. C'est ainsi qu'elle approuve le juge qui exprime sa certitude⁵⁶ et sanctionne celui qui fait droit à la demande malgré l'incertitude qui entoure l'un de ses fondements⁵⁷. La doctrine voit cependant les choses de manière plus souple : « prouver, c'est établir une vraisemblance suffisante qui emporte la conviction du juge et, lorsque ce résultat est atteint, le juge donne à l'autre partie à s'expliquer, pour éventuellement créer à son tour une vraisemblance en sens contraire »⁵⁸. La Cour admet toutefois la preuve par vraisemblance en ce qui concerne les faits négatifs (voy. point suivant).

14. Preuve des faits négatifs. — La preuve des faits négatifs est une question qui a toujours fait couler beaucoup d'encre. Sous ce terme, on désigne habituellement les « propositions négatives indéfinies » c'est-à-dire les faits négatifs qui ne comportent pas d'antithèse⁵⁹ : je n'ai jamais contracté avec cette personne, je n'ai jamais reçu la marchandise, je n'ai jamais incendié ma maison... Certains auteurs y ont vu un terrain de prédilection pour l'application de la théorie de la « meilleure aptitude à la preuve »⁶⁰. L'idée serait de déplacer la charge de la preuve vers le débiteur, qui serait mieux placé pour rapporter la preuve du fait positif contraire. Cette position n'a jamais été acceptée par la Cour de cassation, qui considère, de manière constante, que le fait que la preuve à rapporter porte sur un fait négatif n'a pas d'incidence sur la charge de la preuve. Tout au plus, une telle preuve peut-elle être administrée avec moins de rigueur. Le juge pourra se satisfaire de vraisemblances, sans devoir exiger de certitudes⁶¹. Toutefois, dans un arrêt du 14 janvier 2005⁶², la Cour a considéré que : « Il n'est pas davantage déraisonnable de ne pas imposer à la personne subissant le dommage la preuve négative que l'auteur n'a pas obtenu

l'autorisation ». Derrière l'accumulation de doubles négations on peut y découvrir, pour la première fois, l'idée qu'un renversement de la charge de la preuve en matière de faits négatifs serait admissible. Cette ouverture ne s'est pas confirmée. Dans un arrêt du 26 novembre 2010⁶³, la Cour en est revenue à sa jurisprudence classique, qui exclut tout renversement de la charge de la preuve dans cette hypothèse. Elle ajoute qu'il ne suffit pas que le fait négatif soit simplement plausible. Il faut que le fait négatif soit « vraisemblable », ce qui est plus exigeant que « plausible ». Pour terminer, rappelons que, aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme, le fait d'imposer à une partie une preuve difficile à rapporter n'est pas contraire au droit au procès équitable⁶⁴. En revanche, lorsque la preuve est véritablement impossible, il y a atteinte à l'équité de la procédure⁶⁵.

15. Preuve dans le cadre d'une demande civile fondée sur une infraction. — Lorsqu'une action en justice devant le juge civil est fondée sur infraction à la loi pénale, il incombe au demandeur de prouver que les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis. Si le défendeur invoque une cause de justification non dépourvue de tout élément de nature à lui donner crédit, le demandeur doit démontrer que cette cause de justification n'existe pas⁶⁶.

16. Preuve et exception d'inexécution. — En raison de l'interdépendance des obligations réciproques des parties dans un contrat synallagmatique, la partie à un tel contrat qui demande l'exécution des obligations incombant à l'autre partie à la suite de l'exécution de ses propres obligations doit établir qu'elle a rempli ou offert de remplir celles-ci⁶⁷. On aurait dès lors pu considérer que le débiteur qui soulève l'exception d'inexécution n'a rien à prouver puisqu'il ne fait qu'invoquer le fait que le créancier n'a pas préalablement exécuté ses propres obligations. Pourtant, la Cour estime de manière constante que la partie qui se retranche derrière l'exception d'inexécution doit prouver le défaut d'exécution des obligations de son adversaire⁶⁸. Il est délicat de concilier ces deux enseignements⁶⁹. B. Vanlerberghe propose une explication susceptible d'accorder ces deux ju-

risprudences apparemment antinomiques^{69bis}. En cas de contestation du débiteur, le créancier doit effectivement préalablement prouver qu'il a exécuté ses obligations, mais il ne doit pas le faire de manière approfondie. Il lui suffit d'établir l'existence de cette exécution, mais non pas le fait qu'elle était satisfaisante en tous points. Si le débiteur considère que cette exécution est défectueuse, c'est à lui qu'il incombe d'établir la mauvaise exécution des obligations par le créancier. Cette proposition permet de trancher la question sur la base d'un critère simple : le créancier doit simplement prouver l'existence de l'exécution ; la preuve de la mauvaise qualité de cette exécution incombe au débiteur.

3

La prééminence de l'écrit

A. L'article 1341 du Code civil

17. Domaine d'application de l'article 1341. — L'article 1341, qui impose l'écrit préconstitué pour rapporter la preuve de tout acte juridique d'une valeur de plus de 375 EUR, reste, dans notre droit, la pierre angulaire du système de preuve légale. La règle qu'il impose est double : non seulement l'existence et le contenu de l'acte doivent être prouvés par écrit, mais en outre, la preuve contraire doit également être administrée par écrit.

La jurisprudence rappelle régulièrement la règle et en précise les contours. Ainsi l'article 1341 s'applique à :

- la preuve du paiement, dès lors que le paiement, en tant que mode d'extinction d'une obligation, est un acte juridique⁷⁰; en revanche, le fait de la remise des fonds est un fait matériel qui peut être prouvé par toutes voies de droit⁷¹,
- la preuve de la constitution d'un usufruit⁷²,
- la preuve d'un bail⁷³,
- la preuve d'un prêt⁷⁴,
- la preuve d'un mandat conféré à un notaire⁷⁵,
- la preuve d'une obligation de contribution aux charges du ménage entre concubins⁷⁶,
- la preuve d'un don manuel⁷⁷,

(69bis) B. VANLERBERGHE, « Het bewijs in burgerlijke en handelszaken », *CBR Jaarboek*, 2010-2011, Anvers, Intersentia, 2011, à paraître, n° 18.

(70) Cass., 6 décembre 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 2349, *R.A.B.G.*, 2004, p. 717, note GEERS, *R.W.*, 2004-2005, p. 1056; Cass., 26 octobre 2006, *J.T.*, 2007, p. 51; Anvers, 9 janvier 2001, *R.G.D.C.*, 2002, p. 399; Civ. Hasselt, 18 février 2002, *R.W.*, 2003-2004, p. 873; Liège, 6 septembre 2004, *Rev. not. b.*, 2007, p. 16.

(71) J.P. Zelzate, 24 avril 2003, *R.A.B.G.*, 2004, p. 762, note GEERS.

(72) Liège, 15 octobre 2002, *J.T.*, 2003, p. 157.

(73) J.P. Fontaine-l'Évêque, 20 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 513.

(74) Cass. fr., 19 juin 2008, *J.C.P.*, éd. not., 2008/17, p. 4; Liège, 10 mars 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1344.

(75) Bruxelles, 12 décembre 2003, *Rev. not. b.*, 2004, p. 486; Liège, 28 mai 2009, *R.R.D.*, 2009, p. 183.

(76) J.P. Charleroi, 26 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 655, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 132, *R.G.D.C.*, 2002, p. 475.

(77) Liège, 14 décembre 2003, *J.T.*, 2004, p. 406; Gand, 11 octobre 2004, *J.T.*, 2005, p. 100, *Rev. not. b.*, 2005, p. 124, note.

(55) Cass., 19 décembre 1963, *Pas.*, 1964, I, p. 416; Cass., 3 mars 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 759; Cass., 22 décembre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 501; Cass., 16 juin 2003, *J.L.M.B.*, 2005, p. 202, *Pas.*, 2003, I, p. 1189.

(56) Cass., 23 octobre 2008, *J.L.M.B.*, 2009 (sommaire), p. 1334, *Pas.*, 2008, I, p. 2351.

(57) Cass., 26 juin 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 1688; Cass., 1^{er} avril 2004, *Juristenkrant*, 2005, (résumé INSEL et BEIRNAERT), p. 5, *J.D.J.*, 2004, (sommaire), p. 44, note, *J.T.*, 2005, p. 357, note ESTIENNE, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1076, *NjW*, 2005, p. 628, note LIERMAN, *Pas.*, 2004, p. 527, concl. WERQUIN, *R.W.*, 2004-2005, p. 106, note BOONE, *R.G.D.C.*, 2005, p. 368, note EYBEN, *Bull. ass.*, 2006, p. 235, concl. min. publ. (au sujet du lien causal en matière de responsabilité).

(58) O. MICHELIS, « L'article 1315 du Code civil : contours et alentours », *Act. dr.*, 1998, pp. 363 et s., n° 2; D. et R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 17; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 66; H. DE PAGE, *Traité*, t. III, n° 729; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. I, 2^e éd., 1972, p. 375.

(59) J. LARGUIER, « La preuve d'un fait négatif », *R.T.D. Civ.*, 1953, p. 3, n° 4.

(60) P. ESMEIN, « Le fondement de la responsabilité contractuelle », *R.T.D. Civ.*, 1933, pp. 627 et s.; R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Rousseau, 1911, pp. 542 et s.

(61) Cass., 27 février 1958, *R.C.J.B.*, 1959, p. 42; Cass., 10 avril 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1227, *Pas.*, 2003, I, p. 779, *R.G.A.R.*, 2004, n° 13.917, *R.G.D.C.*, 2006, p. 245, *Bull. ass.* 2004 (abrégé), p. 124, note DE MASENEIRE; Cass., 16 décembre 2004, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1168, *NjW*, 2006, p. 316, *Pas.*, 2004, I, p. 2022, *R.G.A.R.*, 2006, n° 14161, *R.W.*, 2004-2005, p. 1553, note NYS, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 299, note LIERMAN.

(62) Cass., 14 janvier 2005, *NjW*, 2005, p. 699, note BREMS, *Pas.*, 2005, I, p. 95, *R.C.J.B.*, 2006, p. 497, note VAN DROOGHENBROECK.

(63) Cass., 26 novembre 2010, *R.G.* n° C.09.0584.N.

(64) C.E.D.H., 11 janvier 2005, *Blücher c. Tchéquie*, §§ 62-63.

(65) Voy. opinion dissidente du juge Ress, sous C.E.D.H., 28 septembre 2004, *Kopecký c. Slovaquie*, § 3.

(66) Cass., 30 septembre 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 1441, *Bull. ass.*, 2005, p. 497, *C.R.A.*, 2005, p. 42; Cass., 7 mars 2005, *R.W.*, 2005-2006, p. 785, note MOSSELMANS; Cass., 11 juin 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 311.

(67) Cass., 25 juin 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 1176, *R.W.*, 2006-2007 (sommaire), p. 1194.

(68) Cass., 24 avril 1947, *R.C.J.B.*, 1949, p. 131; Cass., 13 janvier 1949, *Pas.*, 1949, I, p. 30; Cass., 2 novembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 977; Cass., 15 juin 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 1094; Cass., 21 novembre 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 1864, *R.G.D.C.*, 2005, p. 295, *R.G.D.C.*, 2006, p. 39, note WÉRY; Cass., 13 mai 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 816, *R.W.*, 2004-2005 (sommaire), p. 1587; Cass., 28 janvier 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 240, *R.W.*, 2006-2007, p. 476, note; Cass., 29 novembre 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 2143, *R.W.*, 2010-2011, (sommaire), p. 1052; Cass., 24 septembre 2009, *Pas.*, 2009, I, p. 1979, *R.A.B.G.*, 2009, p. 1311, *R.W.*, 2010-2011, p. 1346, note DE WEGGHELEIRE, *R.D.C.*, 2010, p. 249.

(69) D. MOUGENOT, « La détermination de la charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle : mission impossible? », *D.A. O.R.*, 2006, pp. 310 et s.; L. SIMONT, « La charge de la preuve », in *Actualité du droit des obligations*, formation UB², Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 29, n° 9.

- la preuve d'un titre constitutif de servitude⁷⁸,
- la preuve d'une créance entre époux séparés de biens⁷⁹,
- la preuve de la résiliation d'un bail⁸⁰ ou d'un contrat d'emphytéose⁸¹,
- la preuve d'une option d'achat⁸²,
- la preuve d'une transaction⁸³.

Par ailleurs, la seconde règle de l'article 1341 s'applique à :

- la preuve contraire à un contrat d'assurance⁸⁴,
- la preuve contraire à une quittance d'une somme payée en dehors de la comptabilité d'un notaire⁸⁵,
- la preuve contraire à un écrit dans lequel un établissement d'enseignement atteste qu'il ne renouvelle pas l'engagement d'une institutrice maternelle, du fait de la grossesse de celle-ci⁸⁶,
- la preuve contraire de l'importance des prestations d'un travailleur constatées dans un écrit⁸⁷.

Cette règle ne peut être tournée sous couvert de correction d'une prétendue erreur matérielle⁸⁸.

Toutefois, lorsqu'une clause d'un contrat ne correspond pas à la réalité, il s'agit d'une fraude, qui peut être prouvée par toutes voies de droit⁸⁹. En matière de bail à ferme, l'article 3, 1^o, de la loi sur les baux à ferme permet à l'exploitant de rapporter la preuve du bail par toutes voies de droit⁹⁰. L'article 3, 2^o, l'autorise également à rapporter par toutes voies de droit la preuve contraire à un écrit qui tend à établir l'absence de bail⁹¹.

L'article 1341 ne s'applique pas aux tiers⁹². C'est le cas d'un héritier qui demande le rapport d'une donation à un cohéritier⁹³.

B. Exceptions à l'article 1341 du Code civil

1. Le commencement de preuve par écrit

18. Commencement de preuve par écrit. — L'article 1347 du Code civil dispose qu'il est

dérogé à l'exigence d'une preuve écrite en présence d'un commencement de preuve par écrit. On entend par là un écrit (1) émanant de celui contre qui on veut prouver ou ratifié par lui (2) rendant vraisemblable le fait à prouver (3). Le juge apprécie souverainement l'existence d'un tel commencement de preuve par écrit, mais la Cour de cassation est compétente pour vérifier si le juge ne méconnaît pas cette notion légale⁹⁴.

Ont été considérés comme un commencement de preuve par écrit :

- un virement bancaire⁹⁵,
- la reconnaissance, dans des conclusions, de certaines mentions contenues dans le rapport du conseil technique de l'adversaire⁹⁶; on pourrait aussi considérer une telle reconnaissance comme un aveu,
- un acte sous seing privé nul pour contrariété à l'article 1325 du Code civil (formalité du double)⁹⁷ ou 1326 du Code civil (formalité du bon pour)⁹⁸,
- un acte signé une seule fois, lorsque deux signatures étaient exigées parce que le signataire agit en deux qualités différentes; l'acte vaut alors comme acte sous seing privé en ce qui concerne le premier engagement et comme commencement de preuve par écrit en ce qui concerne le second⁹⁹,
- un testament, du vivant du testateur¹⁰⁰,
- un contrat d'assurance ne mentionnant pas la couverture des accidents subis par le personnel temporaire, lorsqu'une prime a été perçue pour le personnel temporaire¹⁰¹; sur ce point, on peut s'interroger sur l'adéquation de la solution juridique; en effet, l'écrit (le contrat d'assurance) ne rend pas le fait allégué vraisemblable puisqu'il ne comporte aucune mention de la couverture litigieuse; c'est la réclamation d'une prime pour couvrir ce risque qui constitue une reconnaissance de la part de l'assureur; on se situe donc davantage sur le plan de « l'aveu en action »,
- une déclaration de succession¹⁰²,
- un rapport de détective privé¹⁰³; on peut toutefois se demander dans quel contexte un rapport de détective pourrait constituer un commencement de preuve par écrit; il doit en effet émaner de celui contre qui on veut prouver; si le rapport établi par le détective est incontestablement un écrit et peut rendre vraisemblable le fait à prouver, on peut difficilement admettre que les observations faites par le

détective constituent des données provenant de celui contre qui le rapport est utilisé; il n'en irait autrement que si le détective interrogeait directement la personne observée; les déclarations qu'elle ferait au détective, pour autant que leur matérialité ne soit pas remise en cause, proviendraient alors de la personne contre qui on veut prouver; le détour par le concept de commencement de preuve par écrit apparaît toutefois un peu tortueux dans ce contexte; il serait plus simple de considérer ces déclarations de la personne interrogée comme un aveu extrajudiciaire,

- une lettre de change non signée par le tireur¹⁰⁴,
- un avenant à un contrat d'assurance, non signé par l'assuré, pour autant que celui-ci ait adhéré à son contenu¹⁰⁵,
- un paiement partiel¹⁰⁶; un paiement, en lui-même, est une opération (*negotium*) et non un écrit; il serait donc plus correct de dire que l'écrit qui opère ou constate le paiement (un virement, par exemple) est un commencement de preuve par écrit; un paiement peut d'ailleurs s'effectuer sans établissement d'un écrit; il pourrait alors être considéré comme un aveu de l'existence de l'obligation qu'il est supposé éteindre,
- une photocopie, pour autant que tout risque de falsification soit écarté et qu'il soit certain qu'elle émane de la partie contre laquelle on s'oppose¹⁰⁷.

N'ont pas été admis comme commencement de preuve par écrit :

- un enregistrement sur bande sonore ou sa retranscription dactylographiée¹⁰⁸,
- un document revêtu d'un paraphe, lorsque celui-ci ne vaut que comme accusé de réception¹⁰⁹,
- une facture émanant du créancier¹¹⁰; c'est normal, le commencement de preuve par écrit doit émaner de celui contre qui on veut prouver,
- un document contredit par d'autres éléments de preuve émanant de celui qui s'en prévaut¹¹¹,
- dans les relations entre banque et client, les confirmations d'ordres et extraits de compte établis par la banque, parce qu'ils n'émanent pas du client¹¹².

Il n'est pas exigé que le commencement de preuve par écrit émane de la personne elle-même. Il suffit que l'auteur soit un représentant légal ou conventionnel¹¹³. Lorsque le docu-

(78) J.P. Zelzate, 27 avril 2006, *R.G.D.C.*, 2007, p. 532, note KOKELENBERG.

(79) Bruxelles, 29 juin 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 848.

(80) J.P. Bree, 17 avril 2008, *Limb. Rechtsl.*, 2008, p. 358.

(81) Bruxelles, 1^{er} décembre 2009, *NjW*, 2010, p. 66, note VANDERHAEGEN.

(82) Civ. Anvers, 20 novembre 2007, *TBO*, 2008, p. 226.

(83) Civ. Courtrai, 30 décembre 2009, *T.G.R.*, 2010, p. 158.

(84) Cass., 6 février 2004, *R.G.A.R.*, 2006, n° 14178.

(85) Cass. fr., 27 février 2008, *J.C.P.*, éd. not., 2008/11, p. 7.

(86) T.T. Namur, 28 avril 2003, *Chr. D.S.*, 2004, p. 100, note JACQMAIN.

(87) C.T. Liège, 10 novembre 2008, *Chr. D.S.*, 2010, p. 364.

(88) C.T. Gand, 12 janvier 2007, *R.W.*, 2008-2009, p. 373.

(89) Civ. Tournai, 19 juin 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1794.

(90) Civ. Turnhout, 9 février 2004, *Huur*, 2005, p. 106, *T. not.*, 2004, p. 338.

(91) Cass., 29 octobre 2010, *R.G.* n° C.09.0465.N.

(92) Cass., 17 novembre 2010, *R.G.* n° P.09.0885.F; Anvers, 14 février 2005, *R.G.D.C.*, 2007, p. 390; Gand, 26 octobre 2006, *T. not.*, 2009, p. 227, *R.A.B.G.*, 2007, p. 723, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 426.

(93) Civ. Gand, 9 décembre 2003, *T. not.*, 2004, p. 321.

(94) Cass., 2 novembre 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 1924, *R.W.*, 2010-2011, p. 60, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1763.

(95) J.P. Charleroi, 26 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 655, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 132, *R.G.D.C.*, 2002, p. 475.

(96) Mons, 5 novembre 2001, *R.D.C.*, 2002, p. 708.

(97) Anvers, 3 mars 2003, *R.G.D.C.*, 2005, p. 423; Anvers, 1^{er} juin 2004, *NjW*, 2005, p. 801, note STEENNOT; Civ. Courtrai, 30 décembre 2009, *T.G.R.*, 2010, p. 158.

(98) Civ. Hasselt, 18 avril 2002, *R.W.*, 2004-2005, p. 432; Civ. Louvain, 22 octobre 2003, *R.A.B.G.*, 2004, p. 742, note VAN BAEVEGHEM; Bruxelles, 23 février 2005, *J.T.*, 2005, p. 364; Gand, 23 avril 2009, *R.D.J.P.*, 2010, p. 42.

(99) Gand, 10 janvier 2005, *R.G.D.C.*, 2007, p. 307, note RENARD-DÉCLAIRFAY, *T. not.*, 2007, p. 652, note DE WULF.

(100) Anvers, 21 décembre 2004, *R.W.*, 2006-2007, p. 63.

(101) Liège, 17 mars 2003, *Bull. ass.*, 2003, p. 560.

(102) Civ. Gand, 6 avril 2005, *NjW*, 2005, p. 1174, note BREWAEYS.

(103) Anvers, 27 juin 2005, *R.W.*, 2005-2006, p. 1507.

(104) Liège, 12 décembre 2005, *J.T.*, 2005, p. 188; la lettre de change constitue également un commencement de preuve par écrit de l'obligation sous-jacente : Bruxelles, 25 avril 2008, *D.A. O.R.*, 2008, p. 217, note BALLON.

(105) Liège, 2 octobre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 437; *R.R.D.*, 2006, p. 226.

(106) Anvers, 20 novembre 2006, *R.D.J.P.*, 2007, p. 287, note MOUGENOT.

(107) Mons, 27 février 2007, *R.G.D.C.*, 2007, p. 468, note MOUGENOT.

(108) Gand, 21 novembre 2002, *NjW*, 2003, p. 634, note BREWAEYS.

(109) Bruxelles, 8 juin 2006, *J.T.*, 2007, p. 133.

(110) Anvers, 18 février 2008, *Limb. Rechtsl.*, 2009, p. 32.

(111) Gand, 23 novembre 2008, *Bull. ass.*, 2009, p. 255, note VAN GOSSUM.

(112) Bruxelles, 16 mars 2009, *Dr. banc. fin.*, 2009, p. 237, *J.T.*, 2009, p. 757, *R.G.D.C.*, 2010, p. 353, note JACQUEMIN.

(113) Mons, 26 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1041.

ment ne provient pas d'un représentant mais d'un tiers, il ne constitue pas un commencement de preuve par écrit mais il peut s'agir d'une attestation écrite¹¹⁴. Toutefois, le document établi par un tiers est un commencement de preuve par écrit lorsque la personne contre laquelle on veut prouver a adhéré à son contenu¹¹⁵.

Le document ne crée pas une vraisemblance du fait à prouver lorsqu'il est revêtu de brèves mentions lapidaires, sans lien avec les sommes d'argent litigieuses¹¹⁶.

2. L'impossibilité de rapporter une preuve écrite

19. Impossibilité morale de prouver. —

L'article 1348 du Code civil contient un certain nombre de dispositions un peu éclectiques¹¹⁷, qui tournent autour de l'idée qu'une preuve écrite ne peut être exigée lorsque les circonstances entourant la conclusion de l'acte n'ont pas permis la rédaction d'un écrit ou que celui-ci a été perdu par force majeure. De cette disposition, qui ne vise qu'une impossibilité matérielle de constituer un écrit, les tribunaux déduisent une impossibilité morale, lorsqu'existe un obstacle psychologique empêchant l'une des parties de réclamer à l'autre la rédaction d'un écrit.

Cette exception à l'article 1341 continue d'alimenter assez régulièrement la jurisprudence. Comme le relève la cour d'appel de Mons, elle doit être appréciée de manière humaine, mais sans laxisme excessif et toujours en tenant compte des circonstances de l'espèce¹¹⁸. La prudence est toujours de mise dans l'application de cette règle¹¹⁹.

L'impossibilité morale est ainsi admise entre père et fils¹²⁰, entre frères¹²¹, entre frère et sœur¹²². En revanche elle n'est pas admise entre un tuteur et la grand-mère du pupille, surtout sachant que le tuteur aura à rendre compte à la majorité du pupille¹²³. Elle n'existe pas entre époux divorcés ni entre ex-beaux-parents et leur belle fille et le nouveau mari de celle-ci¹²⁴. Entre concubins, elle n'existe pas par principe, mais doit être justifiée par les circonstances¹²⁵. La courte durée de la relation n'est pas toujours une cause de refus de l'impossibilité morale¹²⁶.

En revanche, la proximité d'un mariage ne suffit pas nécessairement pour faire admettre la dispense de preuve écrite¹²⁷. L'existence de relations d'amitié prolongées ne constitue pas non plus une impossibilité morale¹²⁸. L'obstacle peut également exister en dehors des relations familiales. Ainsi, il peut être admis qu'une preuve écrite ne soit pas établie pour un mandat conféré à un notaire, du fait de la relation de confiance entre parties et de la position particulière du notaire, plus particulièrement en milieu rural¹²⁹.

Par ailleurs, l'obstacle psychologique justifie l'absence d'acte sous seing privé, mais ne dispense pas de toute preuve la partie qui l'invoque. L'acte juridique doit donc être prouvé par toutes voies de droit¹³⁰. Autrement, il s'agirait d'un renversement de la charge de la preuve, ce qui n'est pas l'objet de cette exception.

L'enjeu de l'acte peut aussi influencer l'existence d'une impossibilité morale. Celle-ci se conçoit moins lorsque les sommes sont importantes¹³¹. Lorsqu'un projet de convention écrite a existé, mais qu'il n'a jamais été signé, on ne peut plus parler d'impossibilité¹³². Il en va de même si l'écrit original a été perdu, sans qu'il y ait de cas de force majeure¹³³. La cour d'appel de Liège a considéré curieusement que la règle ne concernait que le créancier¹³⁴. Le débiteur ne serait donc pas en droit de l'invoquer. En fait, l'impossibilité peut n'être qu'unilatérale. Ainsi, si on peut admettre qu'un travailleur n'ose pas réclamer un écrit à son employeur, l'inverse n'est pas vrai. Toutefois, entre membres d'une famille, l'impossibilité se présente de manière identique pour les deux parties. Dans ce cas, on ne voit pas pourquoi le débiteur de l'obligation en litige ne serait pas visé également par la dispense d'écrit.

3. Droit commercial

20. Liberté de preuves du droit commercial. —

L'article 1341 annonce lui-même l'exception à son second alinéa, ainsi rédigé : « le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce ». L'article 25 du Code de commerce (loi du 15 décembre 1872) consacre le principe : « Indépendamment des moyens de preuve admis par le droit civil, les engagements commerciaux pourront être constatés par la preuve testimoniale dans tous les cas où le tribunal croira devoir l'admettre, sauf les exceptions établies par des cas particuliers ».

Le droit commercial échappe donc au formalisme du droit civil. La preuve y est libre, sauf exceptions légales. Toute convention pourra donc se prouver par témoignages et présomptions¹³⁵. En outre, le formalisme propre aux actes sous seing privé (formalités du « double » et du « bon pour », voy. in-

fra, n^{os} 26 et 27) est inapplicable¹³⁶. Il en résulte qu'une reconnaissance de dette signée par deux personnes, dont l'une revêt la qualité de commerçant, et ne satisfaisant pas aux conditions requises à l'article 1326, alinéa 1^{er}, du Code civil, constitue à l'égard du commerçant signataire une preuve littérale valable de l'obligation souscrite¹³⁷.

Le critère d'application de ce régime particulier est la nature de l'acte et non la qualité des parties. Il importe donc peu que les contractants soient ou aient été commerçants. Ce sont les engagements commerciaux qui bénéficient de la liberté de preuve¹³⁸.

21. Preuve mixte. — Lorsque l'une des parties est commerçante et l'autre ne l'est pas, il faut appliquer les règles de la preuve mixte. Chacune des parties devra respecter les règles de la preuve applicables à son cocontractant. Donc, le commerçant ne pourra pas se prévaloir de la liberté des preuves pour prouver contre le simple particulier¹³⁹. Mais en outre, les règles propres à la preuve commerciale ne seront pas utilisables. Ainsi, il ne pourra pas invoquer les mentions de sa propre comptabilité contre un non-commerçant¹⁴⁰. À l'inverse, le particulier pourra prouver contre le commerçant par toutes voies de droit¹⁴¹.

4

La preuve littérale

A. L'acte authentique

22. Force probante de l'acte authentique. —

L'acte authentique est un mode de preuve privilégié par le Code civil, du fait de sa force probante particulièrement élevée. En effet, les mentions couvertes par l'authenticité valent jusqu'à inscription de faux. Une action en faux n'est pas requise lorsqu'une indication est contredite soit par une autre indication de ce même acte authentique, soit par un autre acte authentique, ou lorsque sa fausseté apparaît de l'examen de l'acte lui-même, sans qu'il doive être recouru à une mesure d'instruction¹⁴².

Cette règle ne s'applique qu'aux mentions qui ont fait l'objet d'un constat par l'officier public dans les limites de sa mission. Les mentions qui relatent le contenu même des engagements des parties ne sont pas soumises au même régime. Elles ont la même valeur que dans un acte sous seing privé¹⁴³. C'est le cas des mentions relatives au prix. Dès lors, l'er-

(114) Anvers, 26 mars 2009, *R.D.J.P.*, 2010, p. 74.

(115) Civ. Bruges, 23 novembre 2007, *T.G.R.*, 2008, p. 192.

(116) Bruxelles, 21 juin 2001, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1512.

(117) DE PAGE, t. III, n^o 890; D. et R. MOUGENOT, *op. cit.*, n^o 67; D. MOUGENOT, « La preuve — Évolution et révolution », *op. cit.*, p. 155, n^o 53; P. VAN OMMESSLAGHE, *op. cit.*, n^o 1690; J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n^{os} 1323 et s.

(118) Mons, 22 février 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1626.

(119) Gand, 26 janvier 2005, *NjW*, 2005, p. 1212, note BREWAEYS.

(120) Bruxelles, 4 octobre 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 865.

(121) Mons, 13 novembre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1322.

(122) Bruxelles, 21 avril 2006, *J.T.*, 2007, p. 156.

(123) Mons, 22 février 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1626.

(124) Liège, 6 décembre 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 874.

(125) Liège, 8 octobre 2001, *R.R.D.*, 2001, p. 273; Civ. Louvain, 22 octobre 2003, *R.A.B.G.*, 2004, p. 742, note VAN BAEVEGHEM; J.P. Saint-Gilles, 26 janvier 2004, *J.J.P.*, 2004, p. 480; Liège, 6 septembre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 227, *Rev. not. b.*, 2007, p. 16; Anvers, 29 novembre 2005, *R.W.*, 2007-2008, p. 783; Mons, 16 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 381.

(126) Anvers, 14 janvier 2003, *R.W.*, 2005-2006, p. 712.

(127) Bruxelles, 7 février 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1331.

(128) Anvers, 29 novembre 2005, *R.W.*, 2007-2008, p. 783.

(129) Liège, 28 mai 2009, *R.R.D.*, 2009, p. 183.

(130) Liège, 6 septembre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 227, *Rev. not. b.*, 2007, p. 16; Mons, 13 novembre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1322.

(131) Civ. Bruxelles, 11 avril 2003, *Rev. not. b.*, 2003, p. 571.

(132) Liège, 8 mars 2004, *J.T.*, 2004, p. 599.

(133) Mons, 27 février 2007, *R.G.D.C.*, 2007, p. 468, note MOUGENOT.

(134) Liège, 15 octobre 2002, *R.R.D.*, 2003, p. 33.

(135) Prés. Comm. Bruxelles, 27 novembre 2006, *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence*, 2006, p. 615, note VANDENDRIESSCHE.

(136) Gand, 23 février 2005, *T.G.R.* - *T.W.V.R.*, 2005, p. 96.

(137) Cass., 27 février 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 417, *R.W.*, 2004-2005 (sommaire), p. 975.

(138) Cass., 16 novembre 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 2483, *Revue@dipr.be*, 2009, p. 21; Anvers, 3 mars 2003, *R.G.D.C.*, 2005, p. 423.

(139) Gand, 4 mars 2009, *D.C.C.R.*, 2009, p. 135, note BALLON; Anvers, 16 novembre 2009, *NjW*, 2010, p. 545, note LEBON.

(140) Bruxelles, 30 avril 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 923.

(141) Mons, 19 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1033.

(142) Cass., 10 septembre 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 1581.

(143) Sent. arb. Hasselt, 6 décembre 2002, *Lim. Rechtsl.*, 2003, p. 162; Civ. Bruxelles, réf., 15 mars 2004, *T. not.*, 2005, p. 167; J.P. Zottegem, 29 juillet 2010, *T. not.*, 2011, p. 51, note BLONTROCK.

reur commise par le notaire dans la description du terrain vendu peut être prouvée par toutes voies de droit¹⁴⁴.

B. L'acte sous seing privé

1. Généralités

23. Définition. — L'acte sous seing privé est un acte établi par de simples particuliers et signé par eux. Il peut s'agir d'un *instrumentum* unique ou de la juxtaposition de plusieurs correspondances ou télécopies¹⁴⁵.

L'acte sous seing privé est constitué de deux composants : l'écrit et la signature.

2. L'écrit

24. Évolution du concept d'écrit. — Jusqu'il y a peu, l'écrit n'était pas défini en droit belge, mais cela ne dérangeait personne. En effet, ce concept renvoyait à des notions connues de support matériel et d'utilisation de signes alphabétiques. L'apparition de l'écrit électronique a bouleversé la donne et a donné lieu à d'importantes réflexions¹⁴⁶. Désormais, on trouve une définition de l'écrit dans la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information¹⁴⁷. L'article 16, § 2, de la loi dispose que l'exigence de l'écrit est satisfaite par « une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ». Cette disposition vise les hypothèses dans lesquelles l'écrit est requis à titre de condition de forme et concerne très indirectement le domaine de la preuve. Mais il y a une telle similitude entre les concepts d'écrits définis dans la loi du 11 mars 2003 et ceux mis en lumière par la doctrine en droit de la preuve que l'on peut raisonnablement admettre que ces notions se superposent¹⁴⁸. On constate, à la lecture de cette définition, que toute référence à un langage alphabétique et à un support traditionnel (papier ou autre) est évacuée. Les éléments importants de l'écrit sont dès lors l'intelligibilité (l'écrit doit être compréhensible, éventuellement grâce à un logiciel de traduction¹⁴⁹) et la

durabilité (l'écrit ne doit pas disparaître immédiatement et doit rester accessible durant toute sa durée normale d'utilisation).

Il n'y a pas de jurisprudence particulière à ce sujet.

3. La signature

25. Évolution de la signature. — La signature traditionnelle est manuscrite. Il s'agit d'un graphisme personnel qui permet d'établir l'identité du signataire de l'acte et la manifestation de son consentement au contenu de celui-ci. Elle ne remplit plus sa fonction lorsque le graphisme est très fluctuant¹⁵⁰.

La matière de la signature a été considérablement bouleversée par l'introduction dans notre droit de la signature électronique, par les lois du 20 octobre 2000 et 9 juillet 2001. Cette modification a donné lieu à une pléthore d'articles et d'ouvrages¹⁵¹. En revanche, en matière de preuve, la jurisprudence est inexistante¹⁵². Ceci démontre, d'une part, que les mécanismes de signature électronique n'ont pas encore profondément pénétré les pratiques, d'autre part, que les litiges, s'ils existent, sont peu nombreux ou se règlent de manière non judiciaire.

C. Règles propres à certains actes

1. Formalité des originaux multiples

26. Conditions d'application - Sanction. — La règle du « double » est imposée par l'article 1325 du Code civil. Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'à la condition d'avoir été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct¹⁵³. Si

approfondie parce que ce langage est traduit par la machine elle-même en un langage accessible à l'utilisateur. (150) Civ. Bruxelles, 8 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1336.

(151) La plupart sont antérieurs à la période examinée. Depuis 2002, on peut encore citer : R. BISCIARI, *Les contrats et la preuve dans l'environnement électronique*, Heule, UGA, 2004; J. DUMORTIER, « Alles elektronisch : geschrift, handtekening, tijdsstempel, aangetekende zending en archivering », in *Recht in beweging*, Anvers, Maklu, 2011, pp. 217 et s.; L. GUINOTTE, « La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 9 juillet 2001 », *J.T.*, 2002, p. 553; E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge », in *La preuve, formation permanente C.U.P.*, vol. 54, mars 2002, p. 39; E. ROGER FRANCE et E. DE GROOTE, « La valeur probante des signatures électroniques », *R.D.C.*, 2002, p. 185; R. STEENNOT, « Bewijs in handelszaken : koopmansboeken, de factuur en de elektronische handtekening », *Ad Rem*, 2008, pp. 14 et s. et 26 et s.; J. VANDENDRIESSCHE, *De elektronische handtekening*, Bruges, Van den Broele, 2006; P. VAN ECKE, *De handtekening in het recht - Van penntrek tot elektronische handtekening*, Bruxelles, Larcier, 2004; P. VAN ECKE, « Over akten en handtekeningen in de XXIste eeuw », in *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Bruges, la Charte, 2008, p. 205; P. VAN ECKE, « De elektronische handtekening in het recht », *R.D.C.*, 2009, p. 322.

(152) Il existe une jurisprudence en matière de droit des étrangers. Voy. E. MONTERO, « La signature électronique au banc de la jurisprudence », *D.A. O.R.*, 2011, pp. 231 et s. À titre exemplatif : *Corr. Bruxelles*, ch. cons., 20 septembre 2007, *T. Vreemd.*, 2008 (sommaire), p. 211. Il s'agit d'une application procédurale, étrangère au droit de la preuve.

(153) Civ. Hasselt, 3 février 2003, *R.W.*, 2005-2006, p. 747 (pour un contrat de courtage immobilier); J.P. Vielsalm, 13 mars 2007, *Res et jur. Imm.*, 2007, p. 217 (pour un contrat de bail); Anvers, 10 mars 2008, *NjW*, 2009, p. 559, note VANDERHAEGEN (pour une ven-

l'acte n'était dressé qu'en un seul original, il suffirait à la partie qui le détient de le détruire pour faire disparaître toute trace de l'*instrumentum*. Il n'est toutefois pas requis que tous les exemplaires soient signés par toutes les parties. Il suffit que chacune d'elle détienne l'exemplaire revêtu de la signature des autres parties¹⁵⁴. L'exigence d'intérêts distincts a pour conséquence que, lorsque des époux souhaitent vendre leur logement, ils ont le même intérêt lors de la conclusion du contrat de courtage immobilier, de telle sorte qu'il n'y a pas lieu d'établir le contrat en trois exemplaires¹⁵⁵.

L'écrit qui n'y satisfait pas n'aura que le statut de commencement de preuve par écrit¹⁵⁶. Par contre cette règle n'est pas applicable en matière commerciale, ni pour les contrats formés par lettres missives¹⁵⁷.

2. Formalité du « bon pour »

27. Conditions d'application - Sanction. — Conformément à l'article 1326 du Code civil, le contrat ou l'acte unilatéral qui contient un engagement à payer une somme d'argent ou une chose fongible doit être écrit entièrement de la main du souscripteur ou porter sa signature accompagnée de la mention « bon pour » ou « approuvé », portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose. Ainsi une reconnaissance de dettes dactylographiée et simplement signée par le débiteur ne répond pas à l'exigence de l'article 1326¹⁵⁸.

Cette mesure a pour objectif d'éviter l'abus de blanc-seing ou l'obtention d'un engagement par surprise. Une fois le formalisme respecté, l'acte se suffit à lui-même, sans que d'autres conditions de validité soient exigées en supplément. Dès lors, c'est à la personne qui s'engage qu'il incombe de prouver que l'acte est dépourvu de cause ou repose sur une cause illicite¹⁵⁹.

Pour que la règle s'applique, il faut que l'acte soit unilatéral. De ce fait, lorsque l'engagement résulte d'un contrat synallagmatique, c'est l'article 1325 qui s'applique. Un problème apparaît toutefois lorsqu'un même *instrumentum* contient à la fois un acte synallagmatique et un acte unilatéral (généralement un cautionnement). Dans ce cas, pour autant que les deux actes constituent un ensemble indissociable, la formalité du « bon pour » n'est alors pas requise, parce que l'on estime que la rédaction d'originaux multiples évite les écueils que l'article 1326 veut parer¹⁶⁰. Si les deux actes

te); Civ. Courtrai, 30 décembre 2009, *T.G.R.* - *T.W.V.R.*, 2010, p. 158 (pour un contrat de transaction); Comm. Tongres, 9 mars 2010, *Huur*, 2011, p. 40 (pour un contrat de bail).

(154) Liège, 14 octobre 2002, *J.T.*, 2003, p. 66, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1267, *J.D.S.C.*, 2003, p. 15, *Rev. prat. soc.*, 2004, p. 218, *T.R.V.*, 2003, p. 303.

(155) Bruxelles, 21 mars 2006, *D.C.C.R.*, 2006, p. 106, note COENE, *Ann. prat. comm. & conc.*, 2006, p. 335, note MARCHAND.

(156) Anvers, 1^{er} juin 2004, *NjW*, 2005, p. 801, note STEENNOT; Mons, 21 décembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1462, *Rec. gen. enr. not.*, 2009, p. 23; Civ. Courtrai, 30 décembre 2009, *T.G.R.* - *T.W.V.R.*, 2010, p. 158.

(157) D. et R. MOUGENOT, *op. cit.*, n°s 130 et 133; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 1733.

(158) J.P. Visé, 4 février 2002, *J.J.P.*, 2004, p. 443.

(159) Liège, 13 mars 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1355.

(160) D. et R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 142; P.-P. RENSON, « Le cautionnement et la règle du « bon pour » », *Rev. not. b.*, 2005, pp. 191 et s., n° 13.1; P.-P. RENSON, « La formalité du « bon pour » et le cautionnement », *J.L.M.B.*,

(144) Mons, 11 mars 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1089, *Rev. not. b.*, 2004, p. 466.

(145) J.P. Torhout, 20 janvier 2004, *J.J.P.*, 2006, p. 274; Pol. Gand, 26 avril 2004, *R.W.*, 2006-2007, p. 35, *J.J.P.*, 2004, p. 281.

(146) Voy. à ce sujet : D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, 2001, p. 114; M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », in *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahiers du C.R.I.D., n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 131; D. MOUGENOT, « Faut-il insérer une définition de l'écrit dans le Code civil? », *Ubiquité*, n° 7, décembre 2000, p. 121; P. VAN OMMESLAGHE, « Vers une définition de l'écrit en droit des obligations », in *Liber amicorum Bernard Glansdorff*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 577.

(147) Cette loi transpose dans notre droit la directive sur le commerce électronique (directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *J.O.C.E.*, L 178 du 17 juillet 2000).

(148) Dans le même sens : P. VAN OMMESLAGHE, « Vers une définition de l'écrit en droit des obligations », *op. cit.*, p. 586.

(149) Tous les ordinateurs travaillent en langage binaire (une suite de 0 et de 1). Cependant n'importe qui peut utiliser un ordinateur sans connaissance informatique

n'apparaissent pas liés et ne forment pas un ensemble complexe, les formalités des articles 1325 et 1326 sont applicables cumulativement. De même, lorsqu'un risque existe que la protection du débiteur ne soit pas complète, la formalité du « bon pour » reste de mise. C'est le cas lorsque la caution est un tiers par rapport au contrat synallagmatique¹⁶¹.

Plusieurs tribunaux ont relevé que le simple fait que l'acte ait été dressé en plusieurs exemplaires suffisait pour que l'article 1326 soit inapplicable, même si l'acte était unilatéral, parce que le risque de blanc seing est alors écarté¹⁶². En revanche, la cour d'appel de Bruxelles a considéré à plusieurs reprises que la nature d'un acte était déterminée par les engagements qu'il contient et non par le nombre d'exemplaires établis. De ce fait, un acte unilatéral, même établi en plusieurs exemplaires, reste soumis à l'article 1326¹⁶³.

En fait, cette controverse n'a plus guère d'objet actuellement. En effet, pour ce qui est des cautionnements à titre gratuit, l'article 1326 est abrogé par la loi du 3 juin 2007. Celle-ci a introduit les articles 2043bis à 2043octies dans le Code civil. En vertu de ces dispositions, il n'est plus permis d'insérer un contrat synallagmatique et un cautionnement dans le même acte. Par ailleurs, la mention « bon pour » est remplacée par la mention nettement plus complexe : « en me portant caution de ... dans la limite de la somme de ... (en chiffres) couvrant le paiement du principal et en intérêts pour une durée de ..., je m'engage à rembourser au créancier de ... les sommes dues sur mes biens et sur mes revenus si, et dans la mesure où, ... n'y satisfait pas lui-même ». Cette mention est prescrite à peine de nullité.

La règle de l'article 1326 n'est pas applicable aux actes accomplis par des marchands, c'est-à-dire des commerçants¹⁶⁴. Toutefois, un administrateur ou un gérant de société, n'est pas un commerçant. Le cautionnement auquel il souscrit est donc soumis à l'article 1326¹⁶⁵.

Elle s'applique aux engagements dont le montant et la quantité sont appréciables, c'est-à-dire connus au moment de la signature¹⁶⁶. Elle n'est donc pas applicable au cautionnement pour « toutes sommes » ou pour dettes futures,

dont le montant n'est pas encore connu¹⁶⁷. Elle n'est pas non plus applicable, pour ce motif, à une cession de rémunération consentie à titre de garantie¹⁶⁸.

Le non-respect de la formalité de l'article 1326 rend l'acte nul. La nullité n'affecte toutefois que l'*instrumentum* et non le *negotium*. En outre, l'acte irrégulier peut constituer un commencement de preuve par écrit et peut être complété par témoins et présomptions¹⁶⁹.

D. Force probante de l'acte sous seing privé

28. Force probante de l'acte sous seing privé.

— Tout comme l'acte authentique, l'acte sous seing privé fait pleine foi entre les parties¹⁷⁰, pour autant qu'un préalable — inexistant pour l'acte authentique — soit respecté : celui de sa reconnaissance (article 1322, C. civ.). Comme l'indique l'article 1323 du Code civil, celui auquel on oppose un acte sous seing privé doit avouer ou désavouer formellement son écriture ou sa signature. Le caractère formel du désaveu exclut une simple incertitude : il ne suffit pas que le signataire émette des doutes quant à l'origine de l'acte¹⁷¹. Tant que l'auteur présumé de l'acte — ou ses héritiers s'il est décédé — refuse de reconnaître l'acte et d'en assumer la paternité, celui-ci est privé de toute force probante¹⁷² et vaudra tout au plus comme présomption (il ne peut même pas servir de commencement de preuve par écrit dès lors que celui-ci suppose que l'origine du document soit certaine). Mais cela ne signifie pas que ces pièces sont fausses¹⁷³. La partie qui s'obstine à invoquer cet acte en justice doit alors, conformément à l'article 1324 du Code civil, provoquer la vérification d'écritures. Si, à l'issue de la vérification d'écritures, l'authenticité¹⁷⁴ de la signature est établie, l'acte recouvre la force probante d'acte sous seing privé, dont il avait été temporairement privé, du fait des dénégations du signataire¹⁷⁵.

On constate donc que l'auteur présumé d'un acte sous seing privé peut adopter une attitude tout à fait passive : il lui suffit de désavouer sa signature pour ôter toute force probante à l'acte, sans devoir prouver qu'il y a eu falsifica-

tion. C'est la partie qui souhaite utiliser l'acte en justice qui doit prendre l'initiative de la vérification d'écritures¹⁷⁶. Elle peut être aussi ordonnée d'office par le juge¹⁷⁷.

29. Opportunité de la vérification d'écritures.

— Le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation étendu quant à l'opportunité de déclencher la procédure de vérifications d'écritures. La jurisprudence rappelle régulièrement qu'il peut parfaitement trancher l'incident autrement, s'il dispose de suffisamment d'éléments pour ce faire¹⁷⁸. Il peut retenir immédiatement l'affaire s'il estime qu'elle est en état (article 889, alinéa 1^{er}). Cela suppose que les données du problème soient très simples, par exemple, que la discordance entre la signature litigieuse et la signature habituelle du défendeur en vérification est patente. L'article 889 prévoit que le juge peut dicter au défendeur un corps d'écriture. La preuve de l'authenticité de l'écriture peut être administrée par n'importe quel moyen, par titre, par expertise, par témoins et par interrogatoire sur faits et articles¹⁷⁹. Ceci dit, la procédure de vérifications d'écritures présente des spécificités intéressantes. Notamment, elle implique la comparaison de la personne à qui la signature est opposée, afin qu'elle prenne personnellement attitude devant le juge concernant l'acceptation ou la dénégation de signature¹⁸⁰. Cette procédure implique souvent une expertise graphologique.

30. Signature et paraphe. — La Cour de cassation a précisé que la signature donne force probante à l'ensemble de l'acte. Dès lors, lorsque les parties ont en outre paraphé une clause, cela ne signifie pas qu'une autre clause non paraphée est dépourvue de force probante. Le fait que l'ensemble de l'acte soit signé suffit à conférer force probante à toutes ses mentions¹⁸¹.

31. Force probante de la date à l'égard des parties et des tiers. — Les parties sont tenues par toutes les mentions de l'acte sous seing privé, en ce compris sa date¹⁸². Elles ne pourront donc en rapporter la preuve contraire qu'en respectant l'article 1341 du Code civil.

En revanche, à l'égard des tiers, la date des actes n'est certaine que dans les cas mentionnés à l'article 1328, c'est-à-dire : du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellés ou d'inventaire. La

2007, pp. 1730 et s., n° 3.2; P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., n° 1741; N. VERHEYDEN-JEAMART, op. cit., n° 555; Cass., 27 octobre 2000, *Bull.*, 2000, p. 1635, *R.W.*, 2001-2002, p. 24; Anvers, 29 avril 2003, *R.G.D.C.*, 2004, p. 526; Liège, 3 novembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1115. Voy. cependant J.P. Etterbeek, 10 mai 2004, *J.J.P.*, 2010, p. 258, note X, qui considère que l'article 1326 s'applique à un cautionnement figurant dans un bail commercial.

(161) Bruxelles, 1^{er} décembre 2004, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1727; Bruxelles, 23 février 2005, *J.T.*, 2005, p. 6182. (162) Civ. Termonde, 5 mars 2004, *R.G.D.C.*, 2005, p. 299; Bruxelles, 26 juin 2003, *Rev. not. b.*, 2005, p. 185.

(163) Bruxelles, 14 mars 2003, *Rev. not. b.*, 2005, p. 180; Bruxelles, 23 février 2005, *J.T.*, 2005, p. 364.

(164) Cass., 27 février 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 417, *R.W.*, 2004-2005, p. 975; Gand, 23 février 2005, *T.G.R.* - *T.W.V.R.*, 2005, p. 96.

(165) Bruxelles, 14 mars 2003, *Rev. not. b.*, 2005, p. 180; Bruxelles, 23 février 2005, *J.T.*, 2005, p. 364. Voy. O. POELMANS et A. DEOME, « Le cautionnement et la formalité du "bon pour" », *D.A. O.R.*, 2004/70, p. 50, qui rappellent que la formalité est inapplicable lorsque les intérêts de la société et de son organe sont intimement confondus.

(166) Bruxelles, 14 mars 2003, *Rev. not. b.*, 2005, p. 180; Bruxelles, 26 juin 2003, *Rev. not. b.*, 2005, p. 185.

(167) Cass., 14 octobre 1967, *Pas.*, 1968, I, p. 213; Cass., 26 février 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 220; Comm. Bruxelles, 18 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1813. Cette jurisprudence est critiquée par P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., n° 1741, qui considère que la caution mérite tout autant protection dans cette hypothèse.

(168) Cass., 9 octobre 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 1564, *D.A. O.R.*, 2004, p. 82, *Ann. jur. crédit*, 2003, p. 70, *R.A.B.G.*, 2004, p. 732, note DE SCHRYVER, *R.W.*, 2005-2006, p. 197, *J.J.P.*, 2006, p. 6.

(169) Civ. Hasselt, 18 avril 2002, *R.W.*, 2004-2005, p. 432; Bruxelles, 14 mars 2003, *Rev. not. b.*, 2005, p. 180; Bruxelles, 23 février 2005, *J.T.*, 2005, p. 364; Mons, 12 novembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1118; Gand, 23 avril 2009, *R.D.J.P.*, 2010, p. 42.

(170) Cass., 29 janvier 2010, *J.T.*, 2010, p. 389, note KIRKPATRICK.

(171) J.-L. MOURALIS, *Rép. dr. civ. Dalloz*, v° « Preuve », 2^e éd., 2002, n° 357.

(172) C.T. Gand, 30 mars 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, 375; C.T. Liège, 26 avril 2005, *R.G.* n° 7134-02, *www.juridat.be*.

(173) Gand, 30 juin 2010, *T.G.R.* - *T.W.V.R.*, 2011, p. 35, note HERREWEGHE.

(174) Au sens courant du terme, comme l'on dit d'un tableau qu'il est authentique.

(175) D. et R. MOUGENOT, op. cit., n° 156.

(176) Mons, 18 décembre 2006, *R.R.D.*, 2006, p. 364.

(177) C.T. Liège, 26 avril 2005, *R.R.D.*, 2005, p. 246. En doctrine, cette question est controversée : P. VANLERSBERGHE, « Het schriftonderzoek », *R.A.B.G.*, 2004, p. 1199; B. ALLEMEERSCH, « Valsheid en andere leugens in burgerlijk proces en bewijs », *T.P.R.*, 2004, p. 61.

(178) Cass., 7 mars 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 655, *R.W.*, 2004-2005 (abrégeé), p. 508, *Rev. dr. rur.*, 2002, p. 177; Comm. Bruxelles, 28 janvier 2008, *R.W.*, 2008-2009, p. 550; Gand, 23 avril 2009, *R.D.J.P.*, 2010, p. 42.

(179) Liège, 8 février 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 773.

(180) C.T. Liège, 26 avril 2005, *R.R.D.*, 2005, p. 246.

(181) Cass., 13 mai 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 1041, *R.W.*, 2007-2008 (sommaire), p. 857, *R.G.D.C.*, 2006, p. 589, note VAN BAEVEGHEM.

(182) Civ. Gand, sais., 8 avril 2004, *T. not.*, 2006, p. 200; Bruxelles, 10 novembre 2005, *Rev. not. b.*, 2006, p. 527.

doctrine considère que cette énumération est limitative et le déplore¹⁸³. Pourtant, la jurisprudence ne s'est jamais penchée sur cette question en Belgique et aucune mention des travaux préparatoires ne le suggère¹⁸⁴. Lorsque la convention est constatée dans un acte authentique, il faut que la « substance » c'est-à-dire les éléments essentiels de ce contrat soient repris dans l'acte authentique. Il ne suffit pas à cet égard qu'un acte authentique se borne à mentionner l'existence d'un bail commercial pour conférer date certaine à ce bail¹⁸⁵.

L'application de l'article 1328 en cas de double vente d'un immeuble a donné lieu, dans les années 80 et 90, à une véritable saga judiciaire ponctuée de plusieurs arrêts de cassation, remarquablement commentée par N. Verheyden-Jeanmart et I. Durant¹⁸⁶. Lorsqu'un même immeuble est vendu deux fois et que seule la seconde vente est transcrite à la conservation des hypothèques, le second acquéreur prime le premier, puisque seule la seconde vente est opposable aux tiers. Cette règle reçoit exception lorsque le second acquéreur est de mauvaise foi, c'est-à-dire qu'il connaissait l'existence de la première vente au moment où il a acquis ses droits, soit au moment de la conclusion du (second) compromis de vente. Se pose alors la question de savoir si la date du second compromis doit être certaine, au sens de l'article 1328, pour être opposable au premier acquéreur, qui est un tiers. Les auteurs cités concluent par la négative, considérant que le problème n'est pas en réalité la fixation de la date du compromis (il n'est pas contesté que la seconde vente soit postérieure à la première) mais la détermination de la bonne foi du second acquéreur. Cette bonne foi est présumée et le second acquéreur n'a donc pas à prouver, par un acte ayant date certaine, que son acquisition s'est réalisée à un moment où il ne connaissait pas encore pas la première vente. La preuve contraire peut être rapportée par le premier acquéreur par toutes voies de droit. Cette solution a été consacrée par la cour d'appel de Liège, durant la période examinée¹⁸⁷.

Au stade de l'établissement de l'impôt, le fisc n'est pas un tiers. Il ne peut donc se fonder sur l'article 1328 du Code civil pour contester la date d'un acte¹⁸⁸.

L'article 1328 ne s'applique pas en matière commerciale¹⁸⁹. Entre commerçants, la date de l'acte fait foi jusqu'à preuve du contraire et cette preuve peut être administrée par toutes voies de droit¹⁹⁰.

(183) DE PAGE, t. III, n° 798; D. & R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 170; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 586.

(184) D. MOUGENOT, « La preuve, évolution et révolution », *op. cit.*, n° 102.

(185) Gand, 28 décembre 2005, *R.G.C.F.*, 2006, p. 373, *Rec. gén. enr. not.*, 2006, p. 159, *T. not.*, 2008, p. 44.

(186) N. VERHEYDEN-JEANMART et I. DURANT, « La preuve de la bonne foi au regard de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire et l'application de l'article 1328 du Code civil », in *Droit de la preuve*, formation permanente C.U.P., vol. XIX, octobre 1997, pp. 139 et s.

(187) Liège, 27 février 2002, *J.T.*, 2003, p. 488, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1583, *Rev. not. b.*, 2003, p. 272.

(188) Civ. Mons, 13 octobre 2004, *Cour. fisc.*, 2005 (résumé DE BECKER), p. 414.

(189) Cass., 29 septembre 2004, *C.R.A.*, 2005, p. 183.

(190) Cass., 25 novembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 387.

E. Copies

32. Statut des copies. La copie reste le parent pauvre du droit de la preuve. — La loi ne lui reconnaît aucune force probante¹⁹¹ et l'adversaire peut toujours exiger la production de l'original. Tout au plus, lorsque le contenu n'a pas été altéré et que son origine est certaine peut-elle constituer un commencement de preuve par écrit¹⁹².

Peut-être son statut s'améliorera-t-il avec le développement des tiers archivistes. Il s'agit de prestataires de services, spécialisés dans la conservation de documents sous forme électronique. L'intérêt de cette activité réside dans la possibilité de détruire l'original, ce qui permet un gain de place et déplace la responsabilité de la conservation sur l'archiviste. Encore faut-il que la copie détenue par le tiers se voie reconnaître une force probante suffisante, sans quoi l'opération n'aura guère d'intérêt. Aucune modification législative n'est encore intervenue sur ce point.

F. Écrits commerciaux

33. Renvoi. — Le droit commercial connaît deux modes de preuve particuliers : la facture¹⁹³ et la comptabilité¹⁹⁴. Par manque de place, je renvoie à la doctrine spécialisée sur ce point.

5

La preuve testimoniale

34. Preuve par témoins. — En matière civile, la preuve par témoins n'est admise qu'avec parcimonie. Elle n'est possible que dans le cadre des brèches ouvertes dans l'article 1341 du Code civil (preuve des faits, matière commerciale, actes juridiques de faible valeur, existence d'un commencement de preuve par écrit ou d'une impossibilité d'établir un écrit).

(191) Anvers, 23 mars 2004, *NjW*, 2004, p. 1099, note BREWAEYS.

(192) Mons, 27 février 2007, *R.G.D.C.*, 2007, p. 468, note MOUGENOT.

(193) G.-L. BALLON, E. DIRIX et al., *La facture et autres documents équivalents*, Malines, Kluwer, 2011; O. D'AOÛT, « Le contentieux de la facture devant les juridictions du commerce », in *Le tribunal de commerce : un acteur de la vie économique*, Liège, éd. du Jeune barreau, 2003, pp. 239 et s.; X. DIEUX, « La preuve en droit commercial », *R.D.C.*, 1986, p. 104; R. HOUBEN, « De aanvaarding van de factuur en de bewijswaarde van de aanvaarde factuur inzake handelskoop », *R.W.*, 2005-2006, pp. 1098 et s.; D. MOUGENOT, « Le point sur : l'acceptation de la facture en matière commerciale », *J.T.*, 2010, pp. 2 et s.; R. STEENNOT, « Bewijs in handelszaken : koopmansboeken, de factuur en de elektronische handtekening », *Ad Rem*, 2008/3, pp. 14 et s.; B. VAN BAEVEGHEM, « De factuur als bewijsmiddel : soms niet meer dan een feitelijk vermoeden », *R.A.B.G.*, 2008, pp. 934 et s.; VAN RYN et HEENEN, t. III, 2^e éd., n° 59 et s.

(194) G.-L. BALLON, « De bewijskracht van de boekhouding van een handelsonderneming », *D.A. O.R.*, 2007, pp. 260 et s.; D. MOUGENOT, « La preuve », in *Traité pratique de droit commercial*, Waterloo, Kluwer, 2009, pp. 201 et s.; R. STEENNOT, « Bewijs in handelszaken : koopmansboeken, de factuur en de elektronische handtekening », *Ad Rem*, 2008/3, pp. 14 et s.; VAN RYN et HEENEN, *op. cit.*, n° 65 et s.

Même dans ces hypothèses, le juge apprécie souverainement l'opportunité d'ordonner l'audition de témoins, pour autant qu'il ne méconnaisse pas le droit des parties à recourir à ce mode de preuve¹⁹⁵. Notamment, les juges répugnent à l'audition de témoins lorsqu'il apparaît qu'un écrit aurait pu être rédigé mais que son absence résulte en fait de la négligence d'une des parties¹⁹⁶.

6

La preuve par présomptions

35. Preuve par présomptions. — Même remarque de principe pour les présomptions. Elles ne sont admissibles que dans le cadre des exceptions à l'article 1341 du Code civil.

Les présomptions de l'homme sont des conséquences que le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu.

Bien que le juge apprécie de manière souveraine l'existence des faits sur lesquels il se fonde et bien que les conséquences qu'il en déduit comme présomption sont laissées à son appréciation et à sa prudence, il ne peut méconnaître ou dénaturer la notion légale de présomption de l'homme qui est soumise au contrôle de la Cour de cassation. Il ne peut notamment pas tirer de conséquences des faits qu'il constate qui ne peuvent être justifiées sur la base de ces faits¹⁹⁷. Les juges du fond rappellent également la nécessité d'un lien logique entre le point de départ du raisonnement et la conclusion¹⁹⁸.

La Cour de cassation a rappelé que les présomptions ne peuvent être utilisées que lorsqu'elles apportent au juge la certitude quant à l'existence du fait recherché¹⁹⁹. Elle répète ainsi son exigence de certitude de la preuve, même si la doctrine nuance cet enseignement en précisant que la certitude doit être « raisonnable » et se rapproche davantage de l'intime conviction du magistrat (voy. *supra* n° 13).

Si la certitude de la conclusion ne doit pas nécessairement être scientifique, la jurisprudence insiste lourdement sur le fait que le point de départ du raisonnement du juge doit être un fait certain²⁰⁰. Comme le dit la cour d'appel d'An-

(195) Cass., 30 juin 2005, *Res jur. imm.*, 2006, p. 341.

(196) Gand, 14 novembre 2005, *Revue@dipr.be*, 2006, p. 60.

(197) Cass., 12 décembre 2002, *Res jur. imm.*, 2003, p. 53; Cass., 20 octobre 2003, *Pas.*, 2003, I, 1640, *JTT*, 2004, p. 327, *Or.*, 2004, p. 22, *Or.*, 2004, p. 1, *R.A.B.G.*, 2004, p. 298, note DEMEDTS, *R.W.*, 2004-2005, p. 142; Cass., 23 janvier 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 137, *F.J.F.*, 2004, p. 438; Cass., 3 décembre 2007, *Pas.*, 2007, I, 2187, *R.W.*, 2010-2011, p. 197; *TBO*, 2009, p. 89; Cass., 20 décembre 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 2418, *R.W.*, 2009-2010, p. 955, *R.G.D.C.*, 2008, p. 452, note VAN VALKENBORGH; Cass., 9 mai 2008, *Pas.*, 2008, I, 1148; Cass., 22 avril 2010, *R.G.*, n° C.08.0602.N; Cass., 3 mai 2010, *JTT*, 2010, p. 357; Cass., 10 juin 2010, *R.W.*, 2010-2011, p. 1095.

(198) Civ. Namur, 24 mai 2002, *F.J.F.*, 2002, p. 859, *J.D.F.*, 2002, p. 365.

(199) Cass., 16 juin 2003, *Pas.*, 2003, I, 1189, *J.L.M.B.*, 2005, p. 502.

(200) Civ. Bruxelles, 4 octobre 2002, *T.F.R.*, 2006, p. 311; Civ. Bruxelles, 11 octobre 2002, *R.G.C.F.*, 2003, p. 68, *T.F.R.*, 2006, p. 946; Civ. Anvers, 9 avril 2003, *T.F.R.*, 2006, p. 947; Liège, 20 septembre 2004,

vers, il est essentiel que les « faits connus » sur lesquels se fonde le magistrat soient réellement connus, c'est-à-dire qu'ils soient hors de doute ou ne souffrent d'aucune contestation concernant leur réalité matérielle²⁰¹. On ne peut construire sur le sable et donc asseoir une présomption sur des éléments fragiles. Les tribunaux condamnent ainsi de manière répétitive les « cascades de présomptions » c'est-à-dire les présomptions qui servent de base à une autre présomption²⁰².

Pour le surplus, il existe une telle variété de conclusions qu'un juge peut tirer des éléments de fait du dossier qu'il apparaît vain de tenter de dresser un catalogue des présomptions utilisables par les tribunaux.

7

L'aveu

A. Nature et caractère de l'aveu

36. Définition. — L'aveu est la déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai et comme devant être tenu pour avéré à son égard un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques²⁰³. Selon la doctrine, il s'agit davantage d'une dispense de preuve que d'un mode de preuve : le fait qui n'est pas contesté ne doit pas être prouvé²⁰⁴. Ce mode de preuve occupe une position privilégiée dans notre droit, du fait de son admissibilité quasi universelle (il ne cède que dans les matières qui touchent à l'ordre public) et de sa force probante particulièrement élevée (le juge est lié par un aveu judiciaire, même s'il doute de la sincérité de l'aveu). Il engendre dès lors un flux de jurisprudence régulier.

37. Caractère unilatéral – Absence de caractère intentionnel. — L'aveu est un acte unilatéral. Il doit emporter la reconnaissance d'un fait contesté. Toutefois, il n'est pas requis qu'il soit fait après la naissance du litige²⁰⁵. La question de savoir si l'aveu doit être intentionnel, c'est-à-dire si son auteur doit avoir la conscience qu'il est en train d'avantager la partie adverse, a été fort débattue. Traditionnellement, la Cour de cassation considérait que l'aveu impliquait la volonté de faire une déclaration destinée à servir de preuve à la partie adverse²⁰⁶. Cette jurisprudence était toutefois peu compatible avec la reconnaissance d'aveux tacites résultant de

l'exécution d'une convention²⁰⁷. Deux arrêts de cassation ont pu donner l'impression que la Cour amorçait un virage, mais leur portée est discutée²⁰⁸. Quoi qu'il en soit, les choses sont actuellement claires. Dans deux arrêts de principe des 20 décembre 2007²⁰⁹ et 25 mai 2009²¹⁰, la Cour a définitivement abandonné son ancienne jurisprudence. Elle admet désormais que l'aveu n'implique pas qu'il soit destiné à servir de preuve à la partie adverse. On peut donc parfaitement faire un aveu sans s'en rendre compte.

38. Conséquences directes. — Cette jurisprudence est de nature à lever un certain nombre d'obstacles. Ainsi, avant le prononcé de ces deux arrêts, la cour d'appel de Liège avait relevé la difficulté de détecter le caractère intentionnel d'une déclaration lorsque celle-ci n'est pas faite de manière spontanée mais résulte d'une obligation légale ayant d'autres fins (en l'occurrence une déclaration de succession)²¹¹. Ces doutes ne sont actuellement plus permis. C'est donc à bon droit que la cour d'appel d'Anvers considère la déclaration de succession comme un aveu²¹². En revanche, est critiquable, au regard de cette nouvelle jurisprudence, la décision de la cour d'appel de Mons qui ne retient pas comme aveu extrajudiciaire une déclaration faite à un huissier de justice lorsque cet huissier n'a pas clairement décliné sa qualité et l'objet de sa mission²¹³. On ne peut plus exiger que l'auteur de la déclaration sache exactement à quoi s'en tenir quant à l'usage qui sera fait de cette déclaration, puisque le caractère intentionnel de l'aveu n'est plus requis. Dans le cas d'espèce, la loyauté du procédé pouvait être mise en cause mais il s'agit d'une question distincte de celle de l'existence d'un aveu (voy. *supra*, n° 7).

39. Conséquences indirectes. — Ce changement majeur dans la jurisprudence de la Cour de cassation pourrait avoir des conséquences surprenantes.

Un auteur a fait observer que cette jurisprudence devrait déteindre sur la définition même de

l'aveu²¹⁴. Celui-ci est traditionnellement considéré comme un acte juridique unilatéral²¹⁵. L'acte juridique est l'acte accompli en vue de produire des effets de droit. À partir du moment où l'auteur de l'aveu ne doit plus nécessairement agir dans le but de procurer une preuve à son adversaire, la manifestation de volonté disparaît. Il ne s'agit donc plus que d'un fait — une déclaration voire même un certain comportement — auquel la loi attache des conséquences juridiques particulières, pas nécessairement voulues par son auteur. Sous cet angle, l'aveu est devenu un simple fait juridique. Mais tous les aveux doivent-ils être traités de la même manière? Certaines déclarations d'une partie sont faites avec la conscience de fournir une preuve à la partie adverse. Donc le caractère intentionnel de l'aveu, même s'il n'est plus exigé, reste présent dans un certain nombre de cas. Il faudrait alors distinguer parmi les aveux extrajudiciaires, ceux qui sont intentionnels et constituent un acte juridique et ceux qui ne le sont pas et qui constituent un fait juridique. Cette distinction aurait une incidence sur la preuve de l'aveu (voy. *infra*, n° 46). En effet, un fait juridique peut être prouvé par toutes voies de droit, alors qu'en principe, l'aveu extrajudiciaire doit être prouvé par écrit, chaque fois que l'article 1341 du Code civil est d'application.

Un autre auteur tire également parti de cette jurisprudence pour remettre en cause la distinction traditionnelle entre acte sous seing privé irrégulier et aveu extrajudiciaire²¹⁶. Classiquement, la doctrine exclut qu'on admette qu'un acte sous seing privé irrégulier puisse constituer un aveu extrajudiciaire²¹⁷. Alors qu'un acte sous seing privé irrégulier devrait être rétrogradé au rang de commencement de preuve par écrit ou de présomption, il serait sauvé *in extremis* si on pouvait considérer que la déclaration de volonté qui en émane constitue une forme d'aveu. Ce serait une manière trop facile de contourner tout le formalisme imposé par le Code civil concernant les actes sous seing privé²¹⁸. Un des arguments invoqués à l'appui de cette distinction est que l'intention de celui qui rédige un acte sous seing privé est différente de l'intention de celui qui fait un aveu. À partir du moment où l'intention de celui qui avoue devient indifférente, il est vrai que cette objection ne tient plus. Il n'en reste pas moins que chronologiquement, acte sous seing privé et aveu n'interviennent pas au même moment. L'acte est, en règle, établi au moment de l'accord qu'il constate alors que l'aveu est postérieur²¹⁹. Il faut réserver le terme d'aveu aux « déclarations accidentelles, faites après

R.G.C.F., 2005, p. 268; Civ. Bruxelles, 21 juin 2005, *F.J.F.*, 2006, p. 166, *T.F.R.*, 2006, p. 949.

(201) Anvers, 20 septembre 2005, *F.J.F.*, 2007, p. 45, *T.F.R.*, 2006, p. 949.

(202) C'est essentiellement une jurisprudence fiscale : Civ. Bruges, 8 janvier 2002, *F.J.F.*, 2002, p. 686; Bruxelles, 14 juin 2002, *J.D.F.*, 2002, p. 855; Civ. Liège, 14 avril 2005, *F.J.F.*, 2007, p. 47.

(203) AUBRY et RAU, t. XIII, par ESMEIN, § 751.

(204) DE PAGE, t. III, n° 1014; D. et R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 260; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 685; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 1795.

(205) Cass., 1^{er} juin 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 1055, *T.G.R.* - *T.W.V.R.*, 2007, p. 317, note; Cass., 20 décembre 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 2418, *R.W.*, 2009-2010, p. 955, *R.G.D.C.*, 2008, p. 452, note VAN VALCKENBORGH.

(206) Cass., 3 février 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 681; Cass., 23 avril 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 755; Cass., 13 décembre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 466.

(207) B. CATTOIR et A. COLPAERT, « De bewijsrechtelijke betekenis van de uitvoering van de overeenkomst in burgerlijke zaken », *R.W.*, 2009-2010, pp. 946 et s., spécialement 949; H. MINJAUV et J. VANDENDRIESSCHE, « Bewijs door bekentenis », *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Malines, Kluwer, 2005, n° 5384; D. et R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 265; F. MOURLON-BEERNAERT, « L'aveu », in *Obligations - Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2006, p. VI.4.5-2; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 1797; L. VAN VALCKENBORGH, « De doorbraak van de "ongewilde bekentenis" als geldige buitengerechtelijke bekentenis », *R.G.D.C.*, 2008, pp. 454 et s., n°s 19 et s.; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, *op. cit.*, n°s 729 et s.

(208) Cass., 2 mai 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1043; Cass., 7 février 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 192. En ce qui concerne l'arrêt du 2 mai 1988, il semble que le sommaire dépasse le contenu même de l'arrêt. L'incidence de l'arrêt du 7 février 1997 donne davantage matière à discussion.

(209) Cass., 20 décembre 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 2418, *R.W.*, 2009-2010, p. 955, *R.G.D.C.*, 2008, p. 452, note VAN VALCKENBORGH.

(210) Cass., 25 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1305, *J.T.T.*, 2009, p. 345, *Pas.*, 2009, I, p. 1271.

(211) Liège, 2 juin 2006, *Rev. not. b.*, 2007, p. 266.

(212) Anvers, 28 avril 2008, *R.W.*, 2009-2010, p. 965. Du moins, la solution est valable à l'égard des tiers. À l'égard du fisc, le fait que la législation fiscale soit d'ordre public empêche d'utiliser l'aveu comme mode de preuve (voy. *infra*, n° 45). Voy. à ce sujet : A. VAN OEVELLEN et R. VINCKX, « De bewijsrechtelijke kwalificatie van een fiscale afgifte », *R.W.*, 2009-2010, pp. 966 et s.

(213) Mons, 2 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 296, note MOUGENOT.

(214) L. VAN VALCKENBORGH, *op. cit.*, n°s 16 et s.

(215) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 1799.

(216) B. SAMYN, « Het spanningsveld tussen de bewijsmiddelen geschrift en bekentenis », *R.D.J.P.*, 2011, pp. 34 et s., n°s 12 et s.

(217) A. DE BOECK et H. GEENS, « De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van E-commerce anno 2008 : geruisloze overgang van oud naar nieuw? », in *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Bruges, la Charte, 2008, p. 69; D. et R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 261; H. MINJAUV et J. VANDENDRIESSCHE, *op. cit.*, n° 5367; L. KERZMANN, « Le point sur l'aveu en matière civile », in *La preuve, questions spéciales*, formation permanente C.U.P., vol. 99, Liège, Anthemis, 2008, p. 161; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 1801; J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 673.

(218) DE PAGE, t. III, n° 1008 B.

(219) Cass., 8 novembre 1984, *R.W.*, 1985-1986, col. 109.

coup, par lesquelles une partie laisse échapper la reconnaissance du fait ou de l'acte qu'on lui oppose²²⁰. Sauf à vouloir sciemment détricoter tout le régime de la preuve légale, il s'agit donc d'une voie dans laquelle il ne faut pas s'engager.

B. Objet et forme de l'aveu

40. Objet de l'aveu. — Traditionnellement, la jurisprudence considère que l'objet de l'aveu doit être un fait et non une question de droit²²¹. De ce fait, une reconnaissance de responsabilité n'est pas un aveu. En revanche, les faits qui fondent cette reconnaissance peuvent être l'objet d'un aveu²²².

41. Forme de l'aveu – Aveu tacite. — Toujours aussi classiquement, la jurisprudence admet qu'un aveu peut être tacite. Il peut même résulter du silence d'une partie, pour autant que ce silence soit entouré de circonstances qui permettent d'écarter tout doute concernant l'intention de la partie concernée²²³.

(220) PLANIOL et RIPERT, t. 7, par GABOLDE, n° 1563.

(221) Cass., 17 juin 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 1344, *R.A.B.C.*, 2005, p. 1620, *R.W.*, 2007-2008 (sommaire), p. 736; dans la jurisprudence des juges du fond, voy. Pol. Verviers, 7 janvier 2002, *J.J.P.*, 2002, p. 359; Civ. Bruxelles, 2 mars 2002, *Rec. gen. enr. not.*, 2004, p. 218; Bruxelles, 10 mai 2006, *Rec. gen. enr. not.*, 2006, p. 364; Liège, 2 juin 2006, *Rev. not. b.*, 2007, p. 266; Civ. Bruxelles, 3 octobre 2008, *J.T.*, 2008, p. 701.

(222) Pol. Anvers, 26 octobre 2006, *C.R.A.*, 2008, p. 65; Civ. Louvain, 6 février 2008, *J.J.Pol.*, 2009, p. 32, note; Pol. Bruges, 24 juin 2008, *Journ. dr. jeun.*, 2010 (sommaire), p. 45, *R.W.*, 2009-2010, p. 975.

Lorsque l'aveu est écrit, il peut résulter de lettres missives²²⁴, de courriels²²⁵, d'une déclaration de succession²²⁶, d'un constat amiable d'accident²²⁷, d'une reconnaissance de dette²²⁸, de la comptabilité d'un commerçant²²⁹.

La jurisprudence a pu rappeler également, durant la période examinée, que l'aveu peut découler du comportement de la partie concernée, en particulier de l'exécution spontanée d'une convention²³⁰. C'est ce que la doctrine appelle « l'aveu en action »²³¹. C'est précisément ce concept qui avait amené les auteurs à douter de l'adéquation de la jurisprudence classique de la Cour de cassation concernant le caractère intentionnel de l'aveu (voy. *supra* n° 37).

(223) Mons, 16 septembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1716, note DE CONINCK, *R.G.D.C.*, 2006, p. 174; Gand, 17 mars 2005, *T.G.R. – T.W.V.R.*, 2007, p. 319, note; J.P. Fontaine-l'Évêque, 16 octobre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 508.

(224) Bruxelles, 17 février 2002, *Res. jur. imm.*, 2002, p. 17.

(225) Bruxelles, 29 mars 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 488.

(226) Anvers, 28 avril 2008, *R.W.*, 2009-2010, p. 965.

(227) Civ. Liège, 15 avril 2004, *R.G.A.R.*, 2006, n° 14140; Pol. Anvers, 26 octobre 2006, *C.R.A.*, 2008, p. 65; Civ. Louvain, 6 février 2008, *J.J. Pol.*, 2009, p. 32, note.

(228) Civ. Malines, 11 février 2003, *Dr. circ.*, 2003, p. 171.

(229) Cass., 3 décembre 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 2195, *R.W.*, 2010-2011, p. 382, *R.G.D.C.*, 2010, p. 30, note VAN DEN BERGH, *R.D.C.*, 2008, p. 285.

(230) J.P. Hal, 19 janvier 2005, *Huur*, 2005, p. 144; Civ. Anvers, 28 juin 2007, *R.W.*, 2009-2010, p. 969; Liège, 4 mars 2010, *R.R.D.*, 2009, p. 200.

(231) DE PAGE, t. III, 3^e éd., n° 1032; P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., n° 1798; D. et R. MOUGENOT, op. cit., n° 271.

C. Espèces d'aveu

42. Aveu judiciaire et extrajudiciaire. — Une distinction traditionnelle est faite entre l'aveu judiciaire, qui est fait en justice, et l'aveu extrajudiciaire. En droit belge, la portée de cette distinction est limitée, puisqu'elle n'a d'incidence que sur la preuve de l'aveu (voy. *infra*, n° 46)²³². L'aveu judiciaire doit être fait dans le cadre de la procédure dans laquelle il est invoqué. Ce principe a été rappelé par la Cour de cassation durant la période examinée²³³.

43. Aveu simple et aveu complexe. — Une autre distinction importante oppose l'aveu simple, qui ne porte sur un seul fait, et l'aveu complexe, qui porte sur deux faits, dont le second modalise ou annule le premier²³⁴. Par exemple : je reconnais l'existence de la dette mais je l'ai déjà payée. Comme on le verra plus loin, l'importance de cette distinction découle du caractère indivisible de l'aveu complexe (voy. *infra*, n° 49).

D. Auteur de l'aveu

44. Aveu par représentant. — En principe, l'aveu doit émaner de l'intéressé lui-même ou de son représentant légal. On s'est demandé à différentes reprises si un avocat a qualité pour faire aveu au nom de son client. Bien que la question ait été controversée²³⁵, la Cour de cassation a décidé que l'avocat ne peut valablement faire aveu que nanti d'un pouvoir spécial²³⁶. Cette jurisprudence est dans l'ensemble appliquée par les juges du fond²³⁷, mais avec des voix discordantes²³⁸.

E. Admissibilité de l'aveu

45. Aveu et ordre public. — L'aveu est admissible en toutes matières, même lorsque la preuve par témoins et présomptions est exclue. C'est ce qui fait sa force. Sa recevabilité n'est toutefois pas absolue. En effet, l'aveu ne peut porter que sur des droits dont on peut disposer. Il est donc exclu dans les matières qui touchent à l'ordre public²³⁹. Ainsi, les présomptions légales en vertu desquelles les travailleurs à temps

(232) En France, l'intérêt de la distinction est plus important parce que ces deux formes d'aveu n'ont pas la même force probante. L'aveu extrajudiciaire est soumis à la libre appréciation du juge. Voy. J.-L. MOURALIS, op. cit., n° 783 et s.

(233) Cass., 7 novembre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1483, *Pas.*, 2002, I, p. 2129, *R.W.*, 2005-2006 (abrégé), p. 958, *T.A.V.W.*, 2003, p. 107.

(234) D. et R. MOUGENOT, op. cit., n° 273; P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., n° 1808; J.-L. MOURALIS, op. cit., n° 735 et 738.


(235) Voy. B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, op. cit., n° 76; H. MINJAUX et J. VANDENDRIESSCHE, op. cit., n° 5371; D. et R. MOUGENOT, op. cit., n° 277; P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., n° 1800.

(236) Cass., 15 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 485, *J.T.*, 1990, p. 659 (sommaire); *R.W.*, 1990-1991, p. 750.

(237) Comm. Bruges, 15 janvier 2003, *T.G.R. – T.W.V.R.*, 2004, p. 134; Gand, 12 novembre 2003, *R.D.J.P.*, 2004, p. 79; Bruxelles, 16 octobre 2008, *J.T.*, 2008, p. 182.

(238) Civ. Bruxelles, 3 octobre 2008, *J.T.*, 2008, p. 701, qui considère que le pouvoir de faire aveu rentre dans le mandat *ad litem* de l'avocat.

(239) DE PAGE, t. III, 3^e éd., n° 1015; P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., n° 1802; N. VERHEYDEN-JEANMART, op. cit., n° 743.



Revue européenne
de Droit bancaire & financier
European Banking & Financial Law Journal
EUREDIA
2011, 4

REVUE EUROPÉENNE DE DROIT BANCAIRE ET FINANCIER

European Banking and Financial Law Journal


Directeur : Blanche Sousi, Professeur des universités – Université Lyon 3,
Chaire Jean Monnet Droit bancaire et monétaire européen

EUREDIA est une revue trimestrielle, en langue française et anglaise, sous l'égide de l'Association Européenne pour le Droit Bancaire et Financier (AEBDF), de l'Institut de Droit et d'Economie des Affaires (IDEA) de l'Université Lyon 3 et du Centre Européen de Recherches en Banque et Finance.

- > Une publication sur le droit bancaire et financier européen
- > Des articles de fond, une jurisprudence commentée, une présentation des institutions qui opèrent au niveau européen
- > Des rubriques qui permettent au lecteur de suivre les développements du droit bancaire et financier européen
- > Un réseau de spécialistes


Éditions Bruylant
Abonnement 2011 : 215,00 €
4 numéros, ± 650 pages par an

Exemplaire gratuit
sur demande
info@larcier.be



Consultez votre revue
en ligne sur
www.stradalex.com

www.bruylant.be



Informations et commandes :
Bruylant c/o De Boeck Services sprl • Fond Jean-Pâques 4 • 1348 Louvain-la-Neuve
☎ 0800/99 613 (Belgique) • +32 (0)2/548 07 13 • ☎ 0800/99 614 (Belgique) • +32 (0)2/548 07 14
e.mail : commande@deboeckservices.com

BRUYLANT

partiel sont présumés avoir effectué leurs prestations conformément aux horaires de travail qui ont fait l'objet de publicité ou, à défaut de ces horaires, sont présumés avoir effectué leurs prestations dans le cadre d'un contrat de travail en qualité de travailleur à temps plein, intéressent l'ordre public²⁴⁰. Les éléments de fait justifiant l'application des présomptions consacrées à l'article 22ter de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs ne peuvent être prouvés par aveu²⁴¹.

En matière de divorce, l'aveu était jadis interdit, par peur de collusion entre les époux. Cette matière a fort évolué et l'usage de l'aveu dans ce domaine n'est plus exclu par principe. Toutefois les juges devront examiner le contexte dans lequel l'aveu est fait pour en vérifier la sincérité²⁴².

Plusieurs décisions ont rejeté un aveu obtenu à la suite de la confrontation de son auteur avec des preuves recueillies illégalement²⁴³. Cette matière a toutefois fort évolué récemment, avec la transposition en matière civile de la jurisprudence pénale sur les preuves illégales (voy. *supra*, n°s 6 et s.).

F. Preuve de l'aveu

46. Preuve de l'aveu extrajudiciaire. — La preuve de l'aveu judiciaire ne pose, par principe, aucun problème, puisqu'il résulte des pièces de la procédure. En revanche, la preuve de l'aveu extrajudiciaire est plus délicate. S'il est écrit, il est admissible sans que l'écrit doive répondre aux conditions particulières de l'acte sous seing privé²⁴⁴. En revanche, s'il est oral, il ne sera admissible que s'il est fait dans une matière où la preuve par toutes voies de droit est autorisée (article 1355, C. civ.).

Pour ce qui est de l'aveu en action, il est assez largement admis qu'il peut être prouvé par toutes voies de droit²⁴⁵. Exiger un écrit pour démontrer le comportement adopté par une partie ou l'exécution d'une convention n'aurait guère de sens.

(240) Article 22ter de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs.

(241) Cass., 24 avril 2006, *J.T.*, 2007, p. 224, *Pas.*, 2006, I, p. 928, *R.W.*, 2006-2007, p. 1002, concl. THijs, *Chr. D.S.*, 2008, p. 404. Cet arrêt est rendu sur pourvoi contre une décision dans le même sens de la cour du travail d'Anvers : C.T. Anvers, 4 septembre 2003, *R.A.B.G.*, 2004, p. 891, note VAN STRIJTHEN.

(242) Mons, 2 avril 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 366; Civ. Bruxelles, 22 février 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1042.

(243) T.T. Nivelles, 8 février 2002, *J.T.*, 2002, p. 181, note; C.T. Bruxelles, 15 juin 2006, *J.T.*, 2006, p. 392, note; T.T. Liège, 6 mars 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 389, *R.R.D.*, 2006, p. 488, note ROSIER et GILSON.

(244) Mons, 6 décembre 2004, *R.D.J.P.*, 2005, p. 155.

(245) Civ. Anvers, 28 juin 2007, *R.W.*, 2009-2010, p. 969. Dans le même sens : L. KERZMANN, *op. cit.*, p. 170; B. CATTOIR et A. COLPAERT, *op. cit.*, p. 951; D. et R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 286; F. MOURLON-BEERNAERT, *op. cit.*, p. VI.4.5-7 (qui prône la généralisation de la preuve par toutes voies de droit, en ce compris aux aveux verbaux); P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 1809; L. VAN VALCKENBORGH, *op. cit.*, n° 11; *contra* : N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 754; H. MINJAUW et J. VANDENDRIESSCHE, *op. cit.*, n° 5404 et s., qui appliquent, par analogie, les règles valables en matière d'aveu oral.

G. Effets de l'aveu

47. Force probante. — La force probante de l'aveu est peut-être la plus élevée parmi tous les moyens de preuve.

Il est parfois affirmé que l'aveu extrajudiciaire est intégralement soumis à l'appréciation du juge²⁴⁶. Ainsi exprimée, cette affirmation est imprécise. En effet, contrairement à ce qui est admis en France, en Belgique, l'aveu judiciaire et l'aveu extrajudiciaire ont la même force probante²⁴⁷. Toutefois, le pouvoir d'appréciation du juge en présence d'un aveu extrajudiciaire est plus étendu, en ce qu'il doit préalablement vérifier s'il s'agit d'un véritable aveu. Il doit, à cet égard analyser les circonstances qui entourent la déclaration : l'intéressé a-t-il agi sous la contrainte? Sa déclaration est-elle sincère?²⁴⁸ Mais, une fois la qualification certaine, le juge sera tenu par l'aveu extrajudiciaire, de la même manière que par l'aveu judiciaire.

48. Irrévocabilité. — L'aveu est irrévocable. Celui qui a avoué est lié de manière définitive par sa déclaration, indépendamment de toute acceptation par son adversaire (il s'agit d'un acte unilatéral non réceptice). La seule exception à ce principe est l'erreur de fait²⁴⁹. Sur ce point, l'article 1356 du Code civil ne fait qu'appliquer à l'aveu la théorie générale des vices du consentement. L'erreur de droit, c'est-à-dire l'erreur sur les conséquences juridiques de la déclaration n'est en revanche pas une cause de révocation de l'aveu. C'est d'autant plus logique que, selon la jurisprudence récente de la Cour de cassation, on ne tient plus compte des intentions de l'auteur de l'aveu. Dès lors que l'aveu ne doit pas être fait en vue de produire des effets de droits spécifiques, il est normal qu'une erreur concernant les conséquences de droit de l'aveu soit inopérante²⁵⁰.

49. Indivisibilité de l'aveu complexe. — Enfin l'aveu complexe est indivisible. Lorsque la déclaration porte sur deux faits distincts, la personne qui invoque l'aveu ne peut les détacher pour retenir uniquement le fait qui l'avantage²⁵¹. Si le débiteur reconnaît la créance, mais déclare avoir déjà payé, le créancier ne pourra pas invoquer uniquement l'aveu de l'existence de la créance. Il doit prendre l'aveu dans sa globalité. Dans l'exemple donné, le débiteur n'avoue pas l'existence d'une créance encore existante. Dès lors, les aveux complexes sont peu utiles pour ceux qui les invoquent et ceux-ci tenteront souvent de les démembrer

(246) Anvers, 20 novembre 2006, *R.G.D.C.*, 2008, p. 447; *R.D.J.P.*, 2007, p. 290, note MOUGENOT.

(247) DE PAGE, t. III, n° 1024; A. DE BOECK et H. GEENS, *op. cit.*, p. 71; H. MINJAUW et J. VANDENDRIESSCHE, *op. cit.*, n° 5410; D. et R. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 288; P. VAN OMMESSLAGHE, « Évolution récente de la jurisprudence et de la doctrine en matière d'aveu », in *La preuve*, colloque U.C.L., 1987, p. 15, n° 11; P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 1811; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 768; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, n° 242.

(248) L. VAN VALCKENBORGH, *op. cit.*, n° 11; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, n° 767 et 768.

(249) Bruxelles, 28 novembre 2003, *R.W.*, 2007-2008, p. 236; Civ. Liège, 15 avril 2004, *R.G.A.R.*, 2006, n° 14140.

(250) H. MINJAUW et J. VANDENDRIESSCHE, *op. cit.*, n° 5383; S. STIJNS, « Gedrag en wangedrag der partijen het burgerlijk geding - Spanningsverhoudingen met de bewijsvoering », *R.W.*, 1989-1990, p. 1010; L. VAN VALCKENBORGH, *op. cit.*, n° 18.

(251) Anvers, 22 janvier 2003, *R.G.D.C.*, 2006, p. 229.

pour en extraire la reconnaissance qui les avantage. De ce fait, la jurisprudence sur cette question est assez abondante.

Sont des aveux complexes et donc indivisibles :

— la reconnaissance par le débiteur de la signature d'un acte, accompagnée de l'affirmation que cette signature a été extorquée par chantage²⁵²,

— la reconnaissance par une banque de l'existence d'un compte d'épargne, accompagnée de l'affirmation que ce compte a été soldé²⁵³,

— la reconnaissance par un avocat de l'absence de mandat spécial pour acquiescer à un jugement, accompagnée de l'affirmation que le client lui a adressé un courrier dont la teneur impliquait un acquiescement tacite²⁵⁴,

— la reconnaissance par l'un des héritiers qu'il est en possession de biens appartenant au défunt, accompagnée de l'affirmation que ces biens lui ont été donnés par don manuel²⁵⁵,

— la reconnaissance de l'existence d'un prêt, accompagnée de la déclaration qu'il a été partiellement remboursé²⁵⁶.

La règle de l'indivisibilité de l'aveu s'applique aussi bien à l'aveu extrajudiciaire qu'à l'aveu judiciaire²⁵⁷. La seule exception à l'indivisibilité de l'aveu complexe est la reconnaissance qu'une des branches de l'aveu est fausse, contradictoire ou inexacte. Dans ce cas, l'aveu peut être démembré. L'inexactitude d'une des branches de l'aveu peut être établie par les règles ordinaires de la preuve²⁵⁸.

50. Aveu et absence de contestation. — L'aveu doit être distingué de l'absence de contestation. La distinction est claire dans la jurisprudence de la Cour de cassation. L'absence de contestation ne peut être érigée en aveu que lorsque le contexte le permet²⁵⁹. Mais l'absence de contestation d'un fait en justice n'a-t-elle pas les mêmes conséquences que l'aveu pur et simple? En réalité, ces deux mécanismes ont des effets très différents.

D'une part, l'absence de contestation est un état temporaire²⁶⁰ : ce qui n'est pas contesté un jour peut l'être le lendemain²⁶¹. Donc l'absen-

(252) J.P. Visé, 4 février 2002, *J.J.P.*, 2004, p. 443.

(253) Anvers, 24 juin 2004, *NjW*, 2005, p. 487, note BREWAEYS.

(254) Mons, 6 décembre 2004, *R.D.J.P.*, 2005, p. 155.

(255) Gand, 26 mai 2005, *R.G.D.C.*, 2008, p. 186, note BOUFFLETTE; Gand, 30 novembre 2006, *Not. fisc. M.*, 2008, p. 310, note DEL CORRAL, *NjW*, 2007, p. 227, note WYLLEMAN.

(256) Bruxelles, 26 septembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 205 (somm.); Liège, 20 octobre 2008, *J.T.*, 2009, p. 504.

(257) Anvers, 24 juin 2004, *NjW*, 2005, p. 487, note BREWAEYS.

(258) Gand, 5 juin 2002, *T. not.*, 2003, p. 206.

(259) Cass., 18 septembre 1964, *Pas.*, 1964, I, p. 61; *J.T.*, 1965, p. 120.

(260) B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling...*, *op. cit.*, n° 77; M.-E. STORME, « Algemene beginselen van bewijs in het vermogensrecht », in *Bewijsrecht*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 1 et s., n° 14.

(261) Avec certaines réserves malgré tout. Entre commerçants, il existe un devoir de contestation rapide de tous les points qui ne sont pas acceptables dans les courriers ou les factures (G.-L. BALLON, « Het bewijs in handelszaken - De algemene principes, met speciale aandacht voor specifieke bewijsregelen in overeenkomsten tussen een professioneel en een consument », in *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Bruges, la Chartre, 2008, pp. 97 et s., n° 88 et s.). Par ailleurs, la loyauté procédurale peut interdire, dans cer-

ce de contestation, contrairement à l'aveu, n'entraîne en principe aucune irrévocabilité.

D'autre part, l'absence de contestation n'entraîne aucune indivisibilité²⁶². Lorsqu'une partie affirme un fait et n'en conteste pas un autre, il ne s'agit pas d'un aveu complexe. Rien n'empêche alors de distinguer les deux faits.

8

Le serment

51. Rareté du serment – Formes. — Le serment est pratiquement une pièce de musée. Les développements que lui réserve la doctrine sont inversement proportionnels à l'usage qu'en font les tribunaux.

Le serment décisoire ou litisdécisoire est d'autant plus rare qu'il est risqué. Celui qui le défère s'en remet à la conscience de son adversaire. Si celui-ci se parjure, il ne sera plus possible de revenir ultérieurement sur le litige. La Cour de cassation a relevé que le serment met fin irrévocablement à la contestation civile relative au fait juridique dont l'existence était niée. L'adversaire de celui qui a prêté le serment ne peut plus, pour quelque motif que ce soit, évoquer de nouveau ce fait en justice. Il en résulte qu'elle ne peut réclamer de dommages-intérêts pour faux serment litisdécisoire et que l'action pénale à raison de ce fait ne peut être intentée à l'initiative de la partie civile²⁶³.

En ce qui concerne le serment supplétoire, il a été rappelé qu'il ne peut être déféré que s'il existe un commencement de preuve²⁶⁴. Le danger lié au recours à ce mode de preuve doit être apprécié et assumé par le juge. Le serment doit être ordonné à la partie la plus libre et la plus consciente dans l'appréciation de la situation. Sa valeur probante reste soumise à l'appréciation du juge²⁶⁵.

D. MOUGENOT

Juge au tribunal de commerce de Mons
Maître de conférences aux F.U.N.D.P. Namur

taines circonstances, de modifier intégralement sa position (J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le droit judiciaire, en principes », in *Le droit judiciaire en mutation*, formation permanente C.U.P., vol. 95, Liège, Anthémis, 2007, pp. 322 et s.; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et al., *Droit processuel*, Paris, Dalloz, 2009, 5^e éd., n° 543).

(262) Cass., 27 février 1998, *A.J.T.*, 1999-2000 (abrégé), p. 205, *Arr. Cass.*, 1998, p. 248, *J.L.M.B.*, 1998 (sommaire), p. 1841, *Dr. circ.*, 1999, p. 91. Sur ce point, voy. B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling...*, op. cit., n° 80.

(263) Cass., 22 novembre 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 2315, concl. DE SWAEF, *R.W.*, 2008-2009, p. 868, note, *R.D.J.P.*, 2006, p. 147; Cass., 15 mai 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 917, *R.W.*, 2008-2009, p. 1467 note VAN OVERBEKE; dans le même sens : Gand, 23 avril 2002, *T. Strafr.*, 2003, p. 124.

(264) Anvers, 14 février 2005, *NjW*, 2006, p. 34, note BREWAEYS; Anvers, 7 mai 2007, *R.A.B.C.*, 2008, p. 944, *R.G.D.C.*, 2009, p. 51, *R.D.J.P.*, 2008, p. 41; J.P. Neerpelt, 3 novembre 2008, *R.W.*, 2009-2010, p. 205, note MOSSELMANS.

(265) J.P. Grâce-Hollogne, 4 février 2005 et 24 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 884.

CONTRAT D'ENTREPRISE. —
Objet (articles 1108 et 1129, C. civ.).
— Prix indéterminé. — Validité du
contrat. — Possibilité de fixer le prix
par décision unilatérale
d'une des parties (*partijbeslissing*).

Gand (9^e ch.), 11 juin 2010

Siég. : M. Van den Bossche (prés.).

Plaid. : MM^{es} D. Vandermaliere et G. Vanquathem.

(Sea and Car Motors n.v. c. Bema b.v.b.a.).

*Un contrat d'entreprise peut valablement sortir ses effets sans que le prix soit déterminé. La détermination du prix peut également intervenir après l'exécution des prestations par *partijbeslissing*, selon des critères et dans des limites bien déterminés. Le juge examine alors le cadre de référence ainsi que les critères permettant de vérifier si le prix calculé de la sorte était ou non trop élevé. Un expert est désigné pour avis.*

(Traduction)

2. Les faits et la contestation.

2.1. La s.p.r.l. Bema a facturé un montant de 176,66 EUR le 22 mai 2007 pour des prestations et livraisons et un montant de 4.259,20 EUR le 28 juillet 2007 pour la production et la livraison de repose-pieds en acier à joints sphériques.

Le 6 août 2007, la s.a. Sea and Car Motors a renvoyé cette dernière facture en indiquant qu'elle ne pouvait marquer son accord sur le prix tel que calculé par la s.p.r.l. Bema.

Aucune des deux factures n'a été payée.

3. Discussion.

3.2.3. Les parties sont d'accord pour considérer qu'il n'a y pas eu de discussions préalables sur le prix des repose-pieds commandés.

3.2.3.1.1. D'une manière générale, on considère qu'un contrat d'entreprise nécessite pour être valable, un accord de volonté sur le prix des prestations à exécuter (voy. M.-A. FLAMME et P. FLAMME, « Le droit des constructeurs », *T. Aann.*, Nationale Confederatie voor het Bouwbedrijf, 1984, 15, n° 15; J. VAN MULLEN et M.-C. ERNOTTE, *Le contrat d'entreprise*, Liège, Presses Universitaires de Liège, 1988, 18, n° 27; W. GOOSSENS, *Aanneming van werk : het gemeenrechtelijk dienstencontract*, Bruges, die Keure, 2003, p. 297, n° 356).

En pratique, on ne peut toutefois exiger que le prix soit déterminé dans sa totalité au moment de l'échange des consentements dans la mesure où l'étendue des prestations et la quantité de matériaux qui sera nécessaire à leur exécution ne peuvent, dans la plupart des cas, pas encore être évalués (voy. : Civ. Liège, 19 septembre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 387).

Il doit donc être admis qu'un contrat d'entreprise peut valablement être conclu sans que le prix ne soit déterminé au moment de l'échange des consentements (voy. Mons, 11 mai 1993, *T.B.H.*, 1994, p. 436; Gand, 30 mai 1997, *T.G.R.*, 1997, p. 140; Gand, 22 avril 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, 670).

Ce paradoxe apparent (le prix en tant qu'élément essentiel de l'accord de volonté, d'une part, et la possibilité de ne pas déterminer le prix à l'avance, d'autre part) n'est pas, à y regarder de plus près, une exception à l'exigence d'un objet déterminé ou déterminable (articles 1108 et 1129 du Code civil) : le principe de base selon lequel le prix ne doit pas être déterminé au moment de la conclusion du contrat d'entreprise est en réalité une application de la figure juridique de la *partijbeslissing*. Les parties sont, en d'autres termes, d'accord de confier la détermination du prix après l'exécution de la mission à l'une d'entre elles, le plus souvent mais pas nécessairement l'entrepreneur, qui devra déterminer le prix de bonne foi et dans les limites du raisonnable, sous le contrôle marginal du juge. La fixation de l'objet du contrat d'entreprise par *partijbeslissing* est suffisante pour que l'on puisse parler d'un prix déterminable satisfaisant aux prescrits des articles 1126 et 1129 du Code civil (voy. : Anvers, 3 mai 1999, *T.B.B.R.*, 2000, p. 52; Civ. Hasselt, 21 février 1983, *J.T.*, 1985-1986, 1646; M.-E. STORME, « De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij *partijbeslissing* », *T.P.R.*, 1988, p. 1271, n° 11; B. WYLLEMAN, « Kanttekening bij de leer van de bindende kracht van het aanbod », *T.B.B.R.*, 1994, 470; W. GOOSSENS, *Aanneming van werk : het gemeenrechtelijk dienstencontract*, Bruges, die Keure, 2003, p. 299, n° 357).

3.2.3.1.2. Si le prix n'est pas déterminé au préalable et si les parties (le cas échéant tacitement) font appel à la détermination du prix par *partijbeslissing*, celui-ci est fixé par l'entrepreneur en tant que créancier, sauf dispositions légales ou règles professionnelles contraires. Bien que cela ne soit pas souvent le cas en pratique, ce droit peut également être confié contractuellement au commettant. Si le droit de fixation unilatérale du prix n'a été confié à aucune des parties, de manière expresse ou tacite, il faut considérer que celui-ci revient à l'entrepreneur, en tant que créancier du prix. Il est en principe le mieux placé pour déterminer l'étendue et la nature des prestations exécutées et pour en évaluer le prix (Mons, 11 mai 1993, *T.B.H.*, 1994, 436; Liège, 3 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, 1844; Comm. Bruxelles, 14 octobre 1983, *T. Aann.*, 1986, 257; W. GOOSSENS, *Aanneming van werk : het gemeenrechtelijk dienstencontract*, Bruges, die Keure, 2003, pp. 637-638, n° 749).

3.2.3.1.3. L'entrepreneur ou le commettant qui détermine le prix après l'exécution du contrat doit exercer son droit de bonne foi (Liège, 3 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, 1844; Comm. Bruxelles, 14 octobre 1983, *T. Aann.*, 1986,